Willenserklärungen mittels Fernsprechers und Ferndruckers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

John Sokolowski

Kammergerichts-Referendar.

Berlin SW 11.

Druck von F. A. Günther & Sohn, Schöneberger Straße 10.

1908.

Referent:
Prof. Dr. Bernhöft.

Literatur-Verzeichnis.

Aßmann. Die Rechtsstellung des Boten. Jena Diss. 06.
Begründung zu dem Entwurfe eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag. Berlin 06.
Biermann. Bürgerliches Recht. I. 08.
Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts (KGBl.) 90, 94, 97.
v. Blume. Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen. Iher. Jahrb. 51, 1 ff.
Breit. Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Sächs. Archiv 15, 165 ff., 637 ff.
Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. 4. Aufl. 03.
Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. 00.
Danz. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. 06.
David. Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Gruchots Beitr. 46, 232 ff.
Dernburg. Das bürgerliche Recht. I. 3. Aufl. 06.
— Pandekten. I. 7. Aufl. 02.
Düringer-Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch. 01.
Eltzbacher. Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. 03.
Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 8. Aufl. 03.
Enneccerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 3. Aufl. 08.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 30, 50, 51, 56, 58, 60, 61.
Francke. Zum Vertragsabschluß durch Fernsprecher. Recht 01, 201.
Frankenburger. Die rechtliche Bedeutung der Telephongespräche. D. J. Z. 04, 844 ff.
Fritze. Die stillschweigende Willenserklärung im BGB, Arch. f. bgl. R. 14, 181 ff.
Gareis. Der allgemeine Teil des BGB. 00.
(Gaupp-) Stein. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. I. 8./9. Aufl. 06.
Goldmann. Das Handelsgesetzbuch. I. 01.
Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 03.
Habicht. Die Verhinderung bei Abgabe einer Willenserklärung. D. J. Z. 01, 265 ff.
Hanseatische Gerichtszeitung 01.
Hedemann. Zivilistische Rundschau Nr. 32 (Besprechung Titzes). Arch. f. bgl. R. 25, 360 f.
Hellmann. Vorträge über das BGB. 97.

Hellwig. Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen. JW. 05, 356 ff.
— Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. II. 07.
Hölder. Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. 00.
— Der Zugang der Willenserklärung. D. J. Z. 01, 340 ff.
— Ueber Willenserklärungen mittels Fernsprechers. D. J. Z. 01, 167.
— Zur Theorie der Willenserklärung. Festgabe für Degenkolb. 05, 93 ff.
Isay. Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts. 99.
Joerges. Zum Recht des Fernsprechverkehrs. Zeitschrift für Handelsrecht. 56, 44 ff.
Juristische Wochenschrift (JW.) 04, 05.
Kipp. Bei Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. 9. Aufl. 06.
Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 06.
Koppers. Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Gruchots Beitr. 46, 226 ff.
— Willenserklärungen mittels Fernsprechers. D. J. Z. 01, 112 f.
— Zeitpunkt der Vollendung einer durch den Ferndrucker übermittelten Willenserklärung. D. J. Z. 05, 159 f.
— Zugehen mündlicher Willenserklärungen. D. J. Z. 06, 75.
Landau. Die vom Adressaten vereitelte Willenserklärung. Gött. Diss. 05.
Lehmann-Ring. Das Handelsgesetzbuch. I. 02.
F. Leonhard. Die Wahl bei der Wahlschuld. Iher. Jahrb. 41, 1 ff.
R. Leonhard. Der allgemeine Teil des BGB. 00.
Makower. Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 06.
Manigk. Willenserklärung und Willensgeschäft. 07.
Meili. Telephonische Gespräche und ihre Rechtsfolgen. D. J. Z. 98, 457 ff.
Mitteis. Die Lehre von der Stellvertretung. 85.
Monich. Willenserklärung und Rechtsgeschäft. 00.
Mugdan. Die gesamten Materialien zum BGB. I. 99.
Mugdan-Falkmann. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG.) 10, 12.
Neumann. Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 05.
Oertmann. Zugehen und Vernehmen. Recht 06, 721 ff.
Planck. Bürgerliches Gesetzbuch. I. 3. Aufl. 03.
Rehbein. Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. 99.
Rosenberg. Stellvertretung im Prozeß. 08.
Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht. 5 (1895).
Sames. Ferndrucker als Uebermittler von Willenserklärungen. D. J. Z. 04, 1179 ff.
Savigny. Das Obligationenrecht. II. 53.
Scherer. Allgemeiner Teil des BGB. 97.
Schloßmann. Die Lehre von der Stellvertretung. I. 00.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 50, 59.
Stammler. Die grundsätzlichen Aufgaben des Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung. Verwalt.-Arch. 15, 1 ff.
Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.. I. 06; II. 07. 6./7. Aufl. I. 00.

Staub. Der 50. Band der Entscheidungen des RG. in Zivilsachen. D. J. Z. 02, 425 ff.
Staudinger. Kommentar zum BGB. I. 3./4. Aufl. 07; IIb. 2. Aufl. 06.
Thiele. Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem BGB. Arch. f. ziv. Pr. 89, 85 ff.
Thoel. Das Handelsrecht. I. 6. Aufl. 79.
Titze. Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. Jher. Jahrb. 47, 973 ff.
Wendt. Unterlassungen und Versäumnisse. 01.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 50.
Zitelmann. Das Recht des BGB.: Allgemeiner Teil. 00.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung 9

B. Hauptteil

I. Der Fernsprecher im BGB und dessen Vorarbeiten 12

II. Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärungen 14

1. Gründe für die Annahme der Empfangstheorie in § 130 BGB . 14

2. Für welche Erklärungen gilt die Empfangstheorie? 17

a) Ersetzung der Begriffe „Erklärungen unter Abwesenden und unter Anwesenden“ durch „bleibende und vorübergehende Erklärungen“ 17

b) Gilt für letztere die Vernehmungstheorie oder die Empfangstheorie, und diese wieder 19

aa) in ihrer gemäßigten oder 20

bb) reinen Form? 22

III. Einfluß der Bewußtlosigkeit des Adressaten auf das Zugehen

1. vorübergehender und 24

2. bleibender Erklärungen 24

IV. Vertragsschluß mittels Fernsprechers 26

V. Verhinderung der Abgabe oder Entgegennahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch den Adressaten. — Konstruktionsversuche:

1. Analoge Anwendung des § 162 BGB 29

2. Exceptio doli generalis 30

3. Analoge Anwendung des § 530 II BGB 31

4. Schadensersatz wegen

a) Pflichtverletzung 31

b) Verletzung eines Gestaltungsrechtes 32

5. Analogie des Gläubigerverzuges 34

VI. Zur Lehre von den Mittelspersonen 36

1. Stellvertreter 36

a) aktive 36

b) passive 38

2. Boten

a) des Erklärenden 40

b) Gibt es „Empfangsboten“? 43

3. Anhang: Die „Empfangsperson“ 45

A. Einleitung.

Die Erfinder arbeiten schneller als die Gesetzgeber. Jedes Jahr, jeder Tag bringt uns Erfindungen, die sich die Welt erobern und den gesamten Verkehr umgestalten. So brachte die Entdeckung der Elektrizität den Telegraphen und das Telephon, ohne die sich bereits der moderne Verkehr nicht mehr denken läßt. Die Räder der Gesetzgebungsmaschine aber gehen langsamer. Noch vor 10 Jahren war so mancher Richter gezwungen, einen telegraphisch abgeschlossenen Vertrag nach dem Gesetzbuche Justinians zu beurteilen; er mußte sich die Frage vorlegen, ob die telephonische Erklärung inter praesentes oder inter absentes abgegeben war. Und nicht viel anders ergeht es uns heute, wo wir ein modernes Gesetzbuch in Gestalt des BGB besitzen. Hohe Anforderungen werden an die Ausleger des Gesetzes gestellt. Ueber Telephon, Telegraph und so manches andere finden sich nur schwache Andeutungen, und Erfindungen wie der Ferndrucker, die sich vor 1896 nicht vorausahnen ließen, sind selbstverständlich unberücksichtigt geblieben. So müht sich denn auch heute Wissenschaft und Rechtsprechung damit ab, neue Erscheinungen unter alte Begriffe zu bringen. Jetzt heißt es nicht mehr „inter absentes oder inter praesentes“, sondern „unter Abwesenden oder unter Anwesenden“; das ist der Sache nach dasselbe. Jene Worte sind Worte des Gesetzes, und bei dem heute herrschenden Positivismus sind es die Worte aller der Juristen, die sich mit unserer Frage beschäftigen.

Die unbefangene Anschauung der realen Verhältnisse läßt keinen Augenblick darüber im Zweifel, daß zwei telephonisch miteinander verhandelnde Personen abwesend sind. Der Jurist zögert, diese Antwort zu geben. Er schwebt in einem beständigen Dilemma. Auf der einen Seite stehen die heiligen Worte des Gesetzes, auf der andern sein gesunder Menschenverstand.

Die Not der Wahl machte ihn erfinderisch. Und so erfand er die Fiktion. Das Wörtchen „gelten" ist das Zaubermittel, mit welchem er jeder neuen Erscheinung zu Leibe gehen kann. Und nun konstatiert er — wenn es sein muß —, daß zwei Personen, die meilenweit voneinander getrennt sind, als anwesend „gelten", daß dagegen zwei Menschen, die sich in demselben Raume befinden, als abwesend anzusehen sind.

Ein derartiges Resultat ist aber keineswegs willkürlich. Vielmehr geht ihm folgende Gedankenarbeit voraus: Zunächst wird der gesunde Menschenverstand befragt, zu welchem Ergebnisse das vorliegende Problem führen müsse; dann wird festgestellt, an welchen bereits vorhandenen Tatbestand die Rechtsordnung eben diese Folge knüpft; und schließlich wird im Wege der Fiktion jener erste dem zweiten gleichgestellt. — Dieser Weg ist aber ebenso gefährlich, wie methodisch verfehlt.[1]) Derartige Fiktionen verdunkeln nur das Wesen der Sache und umgehen eine prinzipielle Entscheidung; sie können uns keine objektiven Merkmale angeben, an denen wir das Wesen neu auftauchender Fragen zu erkennen vermögen.

Der umgekehrte Weg ist vielmehr der richtige: Es gilt, unter Erforschung des Grundes und Zweckes einer Vorschrift ihren Sinn zu erfassen und die typischen Merkmale zu präzisieren; dann wird es nicht schwer fallen, für das neue Problem die alte Norm zu finden, und dann wird auch das Ergebnis — vorausgesetzt, daß die Rechtsordnung vernünftig ist — dem gesunden Menschenverstande des Interpreten entsprechen. Auf letzterem Wege zu wandeln, werden auch wir im folgenden bemüht sein.

Bevor wir uns unserem Gegenstande zuwenden, wird es sich empfehlen, einige Worte technischer Natur vorauszuschicken. Die Einrichtung des Fernsprechers darf als bekannt vorausgesetzt werden. Der Ferndrucker dagegen, der sich noch nicht so allgemeiner Verbreitung erfreut, bedarf wohl der Beschreibung. Sames (D. J. Z. 04, S. 1179) schildert ihn folgendermaßen: „Der neue Apparat wird voraussichtlich den Telegraphen ersetzen und dem Telephon Konkurrenz machen. Letzterem ähnelt er in seiner Konstruktion insofern, als auch er die Teilnehmer durch Vermittlung eines Amtes in direkte Ver-

---

[1]) Nicht ist damit zu verwechseln die Fiktion in der Hand des Gesetzgebers. Er verwendet sie aus technischen, ökonomischen Gründen. Er darf es, weil es seine Aufgabe ist, Normen zu geben, nicht zu erklären.

bindung miteinander treten läßt. Der Gedankenaustausch zwischen ihnen findet jedoch nicht durch Ohr und Mund, sondern auf dem Schriftwege statt. Der Angerufene empfängt in Druckschrift auf einem selbsttätig abrollenden Papierstreifen die Mitteilung, die der Aufgeber vermittels einer einfachen Klaviatur seinerseits auf einen gleichen Streifen druckt. Der Ferndrucker ermöglicht also . . . . bleibende Fixierung von Nachrichten in ihrer ursprünglichen Form, ohne daß man sich, wie bei der Depesche, zur Uebermittlung selbst Dritter bedienen müßte. Anwesenheit des Empfängers ist zu einer Erklärungsabgabe nicht erforderlich; vielmehr nimmt der Apparat anlangende Nachrichten jederzeit auf und bewahrt sie für den abwesenden Adressaten."

B. Hauptteil.

I. Der Fernsprecher im BGB und dessen Vorarbeiten.

Jeder Willenserklärung ist inhärent der Zweck, Rechtsverhältnisse zu gestalten oder umzugestalten. Der Augenblick, in welchem dieser Zweck erreicht wird, ist der Augenblick des Wirksamwerdens. Ihn zu bestimmen, ist eins der Hauptprobleme in der Lehre von den Willenserklärungen. Dieses Problem gilt es auch für die durch den Fernsprecher oder Ferndrucker vermittelten Erklärungen zu lösen. Sehen wir uns zunächst danach um, ob uns das Gesetz selbst oder seine Vorarbeiten einen Anhalt bieten.

Die einzige sich mit dem Fernsprecher beschäftigende Vorschrift des BGB ist § 147: „Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.“

Diese Vorschrift gibt nichts weiter, als eine Bestimmung der Dauer der Gebundenheit eines Antragstellers. Wir ersehen aus ihr nur, daß in diesem einen Punkte der „einem Anwesenden“ gemachte Antrag und der mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte einander gleichgestellt werden. Eine Schlußfolgerung auf die Wesensgleichheit jener beiden Erklärungen kann hieraus nicht gezogen werden. Ja, das Gesetz hat hier sogar vorsichtigerweise die sonst so gebräuchliche Fiktionsform vermieden; es würde sonst sagen: „Als einem Anwesenden gemacht gilt auch ein mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachter Antrag.“

Daß das Gesetz einer prinzipiellen Entscheidung aus dem Wege gehen will, beweisen die Vorarbeiten zur Genüge.

Der dem jetzigen § 147 korrespondierende § 83 Entw. I enthielt keine Bestimmung über den telephonischen Antrag. Die Motive[1]) bemerken nur zu § 74 (jetzt § 130): „Ob eine Willenserklärung unter

[1]) S. 160; Mugdan S. 440.

Anwesenden oder Abwesenden erfolgt, hängt von der Beschaffenheit des Falles ab. Wenn mit der herrschenden Meinung für das eine oder das andere entschieden wird, je nachdem die Beteiligten sich in solcher körperlichen Nähe, daß sie von Person zu Person verhandeln können, befinden oder nicht, so ist dieser Gesichtspunkt nicht ohne weiteres verwertbar für diejenigen Willenserklärungen, die im Wege des unmittelbaren telephonischen Verkehrs abgegeben werden; es wird zwar von Person zu Person verhandelt, aber die Beteiligten befinden sich nicht in körperlicher Nähe. Es spricht manches für die Annahme, daß auf diesen Verkehr die Grundsätze des mündlichen Erklärens unter Anwesenden Anwendung zu finden haben."

In der zweiten Kommission wurde dann der Antrag gestellt, dem § 83 folgenden Satz 2 beizufügen: „Dies gilt insbesondere (!) von einem mittels Fernsprechers gemachten Antrage." Man erwog:[1]) „Die große Bedeutung des Fernsprechwesens mache es dringend erforderlich, zu der an sich zweifelhaften Frage positiv Stellung zu nehmen, ob der telephonische Verkehr rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden oder unter Abwesenden anzusehen sei. Die Entscheidung müsse im ersteren Sinne erfolgen. Eine körperliche Anwesenheit im gewöhnlichen Sinne sei allerdings nicht vorhanden; dies sei aber nicht entscheidend. Entscheidend sei, daß, wie bei körperlich Anwesenden, ein mündlicher unmittelbarer Verkehr ermöglicht sei, daß Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen könne. Da jedoch beim telephonischen Verkehre die Laute nicht unmittelbar vom einen dem anderen zukämen, sondern eine Vermittlung durch den Mechanismus stattfinde, so sei die Gleichstellung mit dem Verkehre unter Anwesenden ausdrücklich auszusprechen. Es genüge, wenn dies hinsichtlich der Annahme einer Offerte geschehe. Für einen allgemeineren, auch sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen umfassenden Ausspruch würde sich schwerlich eine passende Fassung finden lassen. Auch sei es fraglich, ob ein solcher nicht unter Umständen zu weit gehen würde. Man könne es vielmehr der Wissenschaft und der Praxis überlassen, den dem § 83 Satz 2 zugrunde liegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit er dort zutreffe, gleichfalls zu verwerten."

Die Denkschrift[2]) endlich begründet die Aufnahme des obigen Satzes damit: Bei der wachsenden Bedeutung des Fernsprechverkehrs

[1]) Prot. S. 165 f.; Mugdan S. 690 f.
[2]) S. 26; Mugdan S. 836.

empfehle sich eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art zur Beseitigung von Zweifeln.

Die Ausbeute, die wir aus den bezüglichen Stellen des Gesetzes und seiner Vorarbeiten gewinnen, ist herzlich gering. Den richtigen Weg zu finden, bleibt — wie die Motive (a. a. O.) sagen — „auch hier der Wissenschaft und der Praxis überlassen".

II. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens.

Unseren Grundsätzen getreu, wird es sich für uns zunächst darum handeln, die Prinzipien zu erforschen, die für das Zugehen von Willenserklärungen überhaupt gelten, um sodann die Frage, wann telephonische oder ferngedruckte Erklärungen wirksam werden, mit Leichtigkeit beantworten zu können.

1. Das BGB enthält nur eine einzige Vorschrift über den Zeitpunkt des Zugehens von empfangsbedürftigen Willenserklärungen: den § 130.

> „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht."

Mit dieser Vorschrift hat sich das BGB, der Praxis des preußischen und gemeinen Rechts folgend, der Empfangstheorie angeschlossen als derjenigen, welche den Interessen der Beteiligten am meisten entspricht. — Verfolgt man eine Willenserklärung von dem Zeitpunkte an, da sie in die Erscheinung tritt, bis zu dem Augenblicke, da sie von demjenigen wahrgenommen wird, für den sie bestimmt ist, so lassen sich vier Stadien unterscheiden, denen wiederum vier gemeinrechtliche Theorien entsprechen, je nachdem sie das eine oder das andere für das Zugehen für maßgebend erklären.

a) Die Aeußerungstheorie legt das Hauptgewicht auf den Augenblick, in welchem der Willensentschluß äußere Gestalt gewinnt. Dieser Moment ist der denkbar früheste; denn der nicht geäußerte Wille ist rechtlich irrelevant. Es wäre aber unbillig und unzweckmäßig, bereits mit der Aeußerung auch schon die Wirksamkeit der Willenserklärung eintreten zu lassen. Denn einerseits „erheischt die Erklärung zu ihrem bezweckten vollen rechtlichen Erfolge, daß der andere Teil sie in Erfahrung bringt oder doch bringen kann".[1]) Anderseits hat der

---

[1]) Motive S. 157; Mugdan S. 439.

Erklärende das größte Interesse daran, möglichst lange die Herrschaft über seine Erklärung zu behalten und seinerseits nicht früher als der Gegner gebunden zu sein.

b) Dieselben Bedenken sprechen auch gegen die sogenannte Uebermittelungstheorie, welche als Zeitpunkt der Wirksamkeit den der „Abgabe“ (§ 130 II) der Erklärung bestimmt. Eine Erklärung ist aber dann abgegeben, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich ist, um ihre Wirksamkeit herbeizuführen.[1])

Als Beispiele führen die Motive[2]) an: die Aufgabe des Schreibens zur Post, die Absendung eines mit der Ueberbringung des Schreibens oder mit mündlicher Bestellung beauftragten Boten. Es tritt hier also zu der Aeußerung noch die Adressierung, die Richtunggabe, d. h. ein Verhalten des Erklärenden, welches das Zugehen der Erklärung bezweckt und ermöglicht.

c) Während die Uebermittelungstheorie, insbesondere aber die Aeußerungstheorie eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Empfängers zur Folge haben, verfällt die Vernehmungstheorie in das entgegengesetzte Extrem, da sie die Wirksamkeit der Erklärung von der Kenntnisnahme des Adressaten abhängig macht. Auch sie wird, wie die Motive[3]) hervorheben, den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht. „Sie hat gegen sich, daß in der Mehrzahl der Fälle es völlig im Belieben des anderen Teiles stehen würde, ob und wann er die Willenserklärung wirksam werden lassen will; er braucht nur der Kenntnisnahme des Inhalts des die Erklärung enthaltenden Briefes bzw. Telegrammes oder dem Anhören des Boten (?) sich zu verschließen, und die Erklärung ist wirkungslos. Ferner würde nach dieser Theorie derjenige, welcher eine Willenserklärung abgegeben hat, im Streitfalle zu dem Beweise genötigt sein, daß der Empfänger die Erklärung in sein Bewußtsein aufgenommen habe, — ein Beweis, der nur in seltenen Fällen gelingen könnte, da es sich um einen inneren, aus den begleitenden Umständen für den Urheber der Willenserklärung nicht unmittelbar erkennbaren Vorgang handelt.“

d) Den Mißständen, welche durch die bisher erwähnten Theorien herbeigeführt werden, versucht die Empfangstheorie nach Möglichkeit zu begegnen, indem sie die Wirksamkeit der Erklärung in dem Zeit-

---

1) Vgl. Staudinger § 130 8; Planck § 130 7.

2) S. 156; Mugdan S. 438.

3) S. 157; Mugdan S. 438.

punkte eintreten läßt, in welchem für den Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme begründet wird. Dies ist der Augenblick des „Zugehens".[1]) Eine Willenserklärung ist also dann zugegangen, wenn sie derart in den Machtbereich des Adressaten gebracht worden ist, daß er unter normalen Verhältnissen von ihr Kenntnis nehmen konnte. — Bei einem Briefe dürfte es demnach genügen, daß er im Haushalte oder im Geschäftslokale des Empfängers abgeliefert[2]) oder in einen dazu bestimmten Briefkasten geworfen wird. Dabei ist stets die „verkehrsübliche Art" (RG. 50, 194) zu beobachten, so daß z. B. eine am Sonntag in einem Anwaltbureau anlangende Ferndruckermitteilung erst am nächsten Werktage dem Anwalt „zugeht".[3])

Die obige Definition des Zugehens ist die bei weitem herrschende. Titze hat in seiner Untersuchung über den „Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen" als Mindesterfordernis für das Zugehen den Besitzerwerb am Schriftstücke bezeichnet.[4]) Daß aber das Zugehen mit dem Besitzerwerbe nicht immer zusammenzufallen braucht, läßt sich an zahlreichen Beispielen nachweisen. Titze selbst gibt es (S. 415 f.) z. B. für den Fall zu, daß ein eine Willenserklärung enthaltender Brief sich auf dem Boden einer an den Adressaten gesandten Kiste befindet; hier ist zwar der Besitz an der Kiste, also auch an dem in ihr befindlichen Briefe erworben, nicht dagegen ist er schon zugegangen.[5])

Auch sei erwähnt, daß Fritze (S. 215) die „Kenntnisnahme" aus der Definition ausgeschieden wissen will, wenngleich es richtig sei, daß der Empfänger unter regelmäßigen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme habe. — Jedoch halten wir die Kenntnisnahme für ein wesentliches Merkmal, ja für das ursprüngliche, da die Empfangs-

---

[1]) In einem weiteren, untechnischen Sinne umfaßt der Ausdruck „Zugehen" auch das Vernehmen der Erklärung.

[2]) A. M. Thiele S. 138. Nach ihm muß zur Wirksamkeit der Hausgenosse des Adressaten diesem erst das Schreiben übergeben. Mit dem Texte die herrschende Meinung, z. B. Dernburg S. 398; Kohler S. 500 II 2; Planck § 130 1; Staudinger § 130 3a. RG. 56, 263; 58, 407; 60, 336.

[3]) Sames S. 1179.

[4]) Ebenso Thiele S. 136; Breit S. 657; Kipp I 341, 2 b). Mit dem Text Biermann S. 144 b; Dernburg S. 447 9; Enneccerus S. 386; Hedemann S. 361; Hölder A. T. S. 292; Theorie S. 4 ff; Manigk S. 309 ff; F. Leonhard S. 37; R. Leonhard S. 282; Staudinger § 130 3.

[5]) Vgl. auch F. Leonhard S. 37; Planck § 130 1.

theorie gewissermaßen nur eine im Interesse der Verkehrssicherheit modifizierte Vernehmungstheorie ist.[1])

2. Nachdem wir somit festgestellt haben, **wann** eine Willenserklärung zugegangen ist, wenden wir uns der weiteren Frage zu, **welche** Erklärungen zu ihrer Wirksamkeit „zugehen" müssen. Das Gesetz antwortet uns bekanntlich in § 130: diejenigen, welche in „Abwesenheit" des Adressaten abgegeben werden. Sofort drängen sich uns die Fragen auf: Was versteht das Gesetz unter Erklärungen an „Abwesende"? Ist § 130 analog auf Erklärungen unter „Anwesenden" auszudehnen, oder darf man per argumentum e contrario schließen, daß für letztere ein anderes Wirksamkeitserfordernis als das „Zugehen" gilt?

a) Diese Fragen lassen sich naturgemäß nur beantworten, wenn wir uns zunächst die Gründe für die Sanktionierung der Empfangstheorie in § 130 klar machen. Bedeutet die Empfangstheorie nicht eine unbillige Härte gegenüber dem Empfänger, der eine Willenserklärung sich gegenüber gelten lassen muß, obwohl er — vielleicht durch einen Zufall — gar nicht von ihr hat Kenntnis nehmen können?

Die Motive sagen: Nein; denn nur durch die Empfangstheorie kann einem schikanösen Verhalten seitens des Adressaten vorgebeugt werden. — Wenn das aber der Grund, oder wenigstens der einzige Grund wäre, so hätte das Gesetz die Aufgabe, die es sich selbst gestellt hat, nur sehr mangelhaft gelöst. Denken wir einmal an eine briefliche Erklärung. Ihre Kenntnisnahme kann der Adressat auf dreierlei Weise vereiteln:

1. Er verhindert die Abgabe der Erklärung; z. B. er sperrt den Erklärungsgegner ein und hindert ihn so am Schreiben.
2. Er verhindert das Zugehen der Erklärung; z. B. er nimmt den an seiner Wohnungstür hängenden Briefkasten ab, oder er öffnet dem Postboten nicht, der ihm einen Einschreibebrief überbringt.[2])

---

[1]) Scherer (S. 298) nennt sie eine „verkappte Vernehmungstheorie". Gegen Fritze auch F. Leonhard S. 40.

[2]) Darüber, daß der vergebliche Versuch, einen Einschreibebrief zu behändigen, kein Zugehen begründet, vgl. RG. 56, 263 f; 58, 407 f. Kolmar OLG. 12, 64. A. M. Thiele S. 137, der den Zugang fingiert. Vgl. auch OLG. Hamburg, Seuff. Arch. 50 Nr. 77 (1894!).

3. Er verhindert die Kenntnisnahme der Erklärung, indem er den zugegangenen Brief nicht liest.

Von diesen drei Möglichkeiten würde nur die letzte durch die Empfangstheorie betroffen werden. Denn in den ersten beiden Fällen ist die Erklärung ja noch gar nicht derart in seinen Machtbereich gebracht worden, daß er unter normalen Verhältnissen Kenntnis von ihr nehmen konnte! Daß und auf welche Weise dem Erklärenden in solchen Fällen geholfen werden kann, werden wir unten sehen. Hier handelt es sich für uns nur darum nachzuweisen, daß der von den Motiven genannte Grund unmöglich zur Rechtfertigung der Empfangstheorie ausreicht.

Auch wir antworten mit den Motiven auf unsere Frage: Nein, die Empfangstheorie ist nicht ungerecht. Sie ist es aber deswegen nicht, weil dem Adressaten ein körperlicher Gegenstand in Händen bleibt, der eine dauernde Kenntnisnahme gestattet! Und nun folgern wir weiter: Die Empfangstheorie ist gerechtfertigt, nicht nur, weil dem Empfänger die Möglichkeit dauernder Kenntnisnahme verschafft ist, sondern nur dann, wenn ihm diese Möglichkeit geboten ist. Nur diese Erkenntnis vermag m. E. Licht in die verworrene Lehre vom Zugehen der Willenserklärungen zu werfen.

„Aber das Gesetz redet doch von Erklärungen, die einem „Abwesenden“ gegenüber abgegeben werden!“ Wir meinen, die Terminologie des Gesetzes müsse der wissenschaftlichen Erkenntnis weichen: die Worte können fallen, wenn man nur den Sinn des Gesetzes erfaßt. Hat nicht die „Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist“, nur der Schwerfälligkeit des Ausdruckes halber der „empfangsbedürftigen Willenserklärung“ den Platz räumen müssen? Um wieviel eher muß ein Wort, das irreführend[1]) und in diesem Zusammenhange sogar unrichtig ist, einer treffenderen Bezeichnung weichen! Die Unterscheidung zwischen Erklärungen unter Abwesenden und unter Anwesenden war ungefährlich in Zeiten, in denen andere Mittel als Briefe für den Fernverkehr nicht in Betracht kamen und mündliche Aussprache nur unter räumlich Anwesenden möglich war. Heute aber, im Zeitalter des Fernsprechers und Ferndruckers, ist sie veraltet und bedarf der Ersetzung durch eine Terminologie, welche den Sinn des Gesetzes

[1]) So wurde Sames dazu verleitet, die Ferndruckermitteilung bald als Erklärung unter Anwesenden, bald unter Abwesenden zu behandeln, je nachdem der Adressat sich am Apparate befindet oder nicht. Dagegen mit Recht Koppers D. J. Z. 05, 160. Staudinger § 130 3c und Staub Exc. zu § 361 30.

prägnant zum Ausdruck bringt und die Unterordnung einer jeden Erklärung unter die eine oder die andere Gattung leicht und nach einem objektiven Maßstabe gestattet.

Wir werden uns im folgenden — in Ermangelung einer treffenderen Terminologie — der Bezeichnungen „bleibende" und „vorübergehende Willenserklärung" bedienen, je nachdem das gewählte Erklärungsmittel dem Adressaten eine dauernde oder nur vorübergehende Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt.[1] Jetzt sind wir nicht mehr gezwungen, mit Düringer-Hachenburg (II S. 25) zu sagen: „Auch der dem Empfänger vom Absender selbst überreichte Brief ist eine Erklärung unter Abwesenden im Sinne des Gesetzes". Ein solcher Brief ist und bleibt eine Erklärung unter Anwesenden (im „natürlichen" Sinne); für die Lehre von den Willenserklärungen ist er eine „bleibende" Erklärung.

Wie der Brief, so ist das Telegramm und die Ferndruckermitteilung, nicht zuletzt auch das übersandte Phonogramm, eine bleibende Erklärung. Und für alle bleibenden Erklärungen gilt die Empfangstheorie.

b) Wenn wir nunmehr zur Beantwortung der zweiten, oben von uns angeregten Frage schreiten, so können wir sie zunächst dahin modifizieren: ob auch für vorübergehende Erklärungen die Empfangstheorie gilt oder — als die allein noch in Frage kommende[2]) — die Vernehmungstheorie.

Zu den vorübergehenden Erklärungen gehören das (sei es unmittelbar, sei es durch das Telephon, sei es durch den Phonographen) gesprochene Wort, das Nicken oder Schütteln mit dem Kopfe, die Geste der Hand (z. B. bei Verständigung mit einem Taubstummen), das Schwingen von Signalflaggen, aber auch der Brief, der dem Erklärungsgegner nicht überlassen, sondern nur zum Lesen vorgezeigt wird, und anderes mehr.

Genügt es nun, daß diese Erklärungen dem Gegner „zugehen", oder müssen sie zu ihrer Wirksamkeit von ihm wahrgenommen werden?

[1]) Schon Koppers und Breit haben erkannt, daß hierin das charakteristische Unterscheidungsmerkmal liegt. Breit (S. 658) schlägt die Bezeichnung „wahrnehmungs- und zugangsbedürftige Erklärungen" vor. Wir halten aber die von uns gewählte Terminologie deswegen für praktischer, weil man es keiner Erklärung ansehen kann, ob sie wahrnehmungs- oder zugangsbedürftig, wohl aber, ob sie vorübergehend oder bleibend ist.

[2]) Daß die Aeußerungstheorie, die für das BGB. noch von Hellmann S. 89 und Hölder D. J. Z. 01, 157; A. T. 291 f. vertreten wird, für die Perfektion von Rechtsgeschäften heute nicht mehr in Betracht kommen kann, ist bereits oben gesagt worden.

Wer, wie Breit, das „Zugehen“ mit der Besitzergreifung identifiziert, muß sich ohne weiteres für die zweite Eventualität entscheiden, denn bei mündlichen Erklärungen „fehlt es eben an dem materiellen Substrat, an dem der Adressat Besitz ergreifen könnte“. (S. 658.) Auch Oertmann meint (S. 724): „Zugehen kann nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel.“ Dadurch würden aber solche Erklärungen nicht betroffen werden, welche zwar in einem materiellen Substrat verkörpert sind, aber dennoch zu den vorübergehenden gehören, z. B. wenn ein Brief nur vorgehalten, der Phonograph nur einmal abgespielt wird.

Wir werden von unserem Standpunkte richtiger sagen: Für bleibende Erklärungen gilt die Empfangstheorie, weil bei ihnen eine dauernde Wahrnehmungsmöglichkeit existiert; für vorübergehende gilt die Vernehmungstheorie, weil jene Möglichkeit nicht gegeben ist.

aa) Beleuchten wir nun die Argumente der Anhänger jener Theorie etwas näher! Bei Koppers (S. 225) findet sich folgende Beweisführung: „Wenn es zur Vollendung der Erklärung genügt, daß das dieselbe enthaltende Schriftstück in Abwesenheit des Empfängers zu passender Zeit in dessen Wohnung abgegeben wird, wie kann es dann gerechtfertigt erscheinen, für den Fall der Uebergabe eines offenen Schreibens unter Gegenwärtigen härtere Bedingungen für das Zustandekommen der Willenserklärung aufzustellen?“ Auch bei Isay (S. 94) und Staudinger (I 369) heißt es: „Sicherlich ist eine einem Anwesenden übergebene schriftliche Erklärung schon mit der Uebergabe wirksam, auch ohne daß der Empfänger sie gelesen hätte.“[1])

Hier sehen wir wieder eine der verhängnisvollen Folgen der Unterscheidung zwischen Erklärungen unter „Abwesenden“ und unter „Anwesenden“. Auch wir haben uns ja zu der Ansicht bekannt, daß die dem Empfänger vom Absender selbst überreichte briefliche Erklärung schon mit dem Zugehen wirksam werde. Damit ist aber für mündliche (besser: vorübergehende) Erklärungen unter Anwesenden noch gar nichts bewiesen.

Bei Koppers heißt es weiter: „Die Empfangstheorie bietet dann auch eine ungezwungene Lösung des Falles der absichtlichen Verhinderung der Wahrnehmung durch den Empfänger. Genügt zur Vollendung

[1]) Ebenso ist die Entscheidung RG. 61, 415 nur deshalb richtig, weil es sich dort um ein Schriftstück handelt.

der Eintritt der Wahrnehmungsmöglichkeit, so kann der Empfänger durch Verhinderung der Wahrnehmung (z. B. durch Zuhalten der Ohren bei einer mündlichen Erklärung) die Vollendung der Erklärung nicht hindern." In diesem Punkte wird übrigens auch von den meisten Anhängern der Vernehmungstheorie[1]) eine Konzession an die Empfangstheorie gemacht.

Dagegen läßt sich zunächst wieder sagen: Damit ist nicht viel gewonnen, denn die Empfangstheorie läßt uns bei Verhinderung der Abgabe der Erklärung im Stich; z. B. A macht dem B eine Offerte; es wird vereinbart, daß B innerhalb einer halben Stunde telephonisch Antwort gibt; B läutet an, aber A meldet sich nicht. Hier ist die Erklärung noch gar nicht abgegeben, geschweige denn derart in seinen Machtbereich (Sinnenbereich) gelangt, daß er unter normalen Verhältnissen von ihr Kenntnis nehmen kann. Auch hier hilft nur die Konstruktion, die uns in einem späteren Abschnitte ausführlich beschäftigen soll.

Wir erwarten den Einwand: „Wozu bedarf es einer umständlichen Konstruktion, wenn man (wenigstens für einen Teil des ganzen Problems, nämlich für die Verhinderung der Wahrnehmung) dasselbe Ergebnis auf dem einfachen Wege der analogen Anwendung des § 130 erzielen kann?" Dieser Einwand wäre deshalb nicht stichhaltig, weil das Ergebnis doch nicht dasselbe ist. Es bedarf nämlich bei bloßer Verhinderung der Wahrnehmung bleibender Erklärungen (§ 130) keiner nachträglichen Verwirklichung des vereitelten Vorganges, während dies — wie wir vorausgreifend bemerken wollen — in allen sonstigen Fällen[2]) erforderlich ist. Und das mit gutem Grunde; denn nur in den von § 130 gedeckten Fällen bleibt dem Empfänger ein körperliches Substrat in Händen, aus dem er sich jederzeit Kenntnis von der Erklärung verschaffen kann.

Schließlich ist zu erwähnen — worauf Breit (S. 660 f.) aufmerksam macht —, daß das Zuhalten der Ohren, um die Erklärung des Gegners nicht zu hören, und das Nichtlesen eines empfangenen Briefes schon deswegen nicht wesensgleich sind, weil hier der Brief zugegangen ist, auch wenn die Kenntnisnahme nur durch Zufall unterbleibt, während dort nur die dolose Vereitelung der wirklichen Wahrnehmung gleichgesetzt werden soll.

---

[1]) Vgl. unten S. 23, Anm. 2 I b) und Königsberg OLG. 10, 65.

[2]) Verhinderung des Zugehens bleibender, der Wahrnehmung vorübergehender und der Abgabe beider Arten von Erklärungen.

bb) Solange die Empfangstheorie sich in diesen gemäßigten Bahnen bewegt, also den Machtkreis des Empfängers auf seinen Sinnenbereich beschränkt, ist im Ergebnis ihre Abweichung von der Vernehmungstheorie nicht sehr groß. Anders wird es aber, wenn man auch für vorübergehende Erklärungen dem Herrschaftsbereiche des Adressaten denselben Umfang gibt, wie bei bleibenden. So insbesondere Hölder und das Reichsgericht. Hölder[1]) meint: „Werden in meiner Wohnung Personen angetroffen, die in häuslicher Gemeinschaft mit mir stehen und nicht durch ihre tatsächliche Beschaffenheit ungeeignet sind, Mitteilungen an mich zu übermitteln, so steht die Mitteilung an diese der Mitteilung an mich selbst gleich."

Ebenso das Reichsgericht[2]): „Nicht wesentlich anders (als bei brieflichen Erklärungen) liegt die Sache, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner Wohnung einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben wird."

Hier ist der Vorwurf der unrichtigen Uebertragung einer nur für schriftliche (bleibende) Erklärungen geltenden Regel auf mündliche (vorübergehende) in erhöhtem Maße am Platz. Das RG. meint: „In beiden Fällen ist der Erklärungsgegner in der Lage, jederzeit von der Erklärung Kenntnis zu erlangen." Das trifft aber nicht zu. Bei Briefen nimmt man mit Recht an, daß die Ablieferung an einen Hausgenossen die Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt; denn nicht nur ist wegen der Verkörperung in einem Substrat die falsche Uebermittelung fast ausgeschlossen und die Gefahr des Vergessens vermindert, sondern man kann hier füglich von dem Adressaten verlangen, daß er für Persönlichkeiten sorgt, die eine richtige Weitergabe der Erklärung an ihn gewährleisten. Das dürfte ihm nicht schwer fallen, da Briefe einander (als Objekt der Uebermittelung) gleich sind, mögen sie lang oder kurz, mag ihr Inhalt leicht oder schwer verständlich, wichtig oder unwichtig sein. Ganz anders ist es aber bei mündlichen Erklärungen,

---

[1]) AT. § 130[3]; vgl. auch speziell für telephonische Erklärungen DJZ. 01,157. Gegen ihn Koppers S. 228f.; Breit S. 664. Unrichtig auch Francke R. 01,201.

[2]) RG 60,334ff. = JW. 05,317[2]. Dagegen Hellwig JW. 05,356ff; Biermann S. 144[1]; Breit S. 664f; Kipp S. 341,2a). Mit dem RG: Makower S. 1217d 2α); Staub Exc. zu § 361[8]; Staudinger § 130[3d]; I 369 lit. f). Ebenso ist unzutreffend die Gleichstellung von brieflichen und telephonischen Erklärungen in RG. 61,127.

da sie je nach Inhalt und Länge wesentlich voneinander verschieden sind. Ist es nun schon unmöglich, von dem Adressaten zu verlangen, daß er für Personen sorgt, die zur Weitergabe aller jemals an ihn zu richtenden mündlichen Erklärungen befähigt sind, so kann man noch viel weniger dem Erklärenden eine solche Prüfung zumuten, wie es das RG. (a. a. O.) will. Auch ist die vom RG. aufgestellte Vermutung unrichtig, bei erwachsenen Hausgenossen sei in der Regel anzunehmen, daß sie „die erforderliche geistige Fähigkeit" besitzen. Wie viele Dienstmädchen würden wohl eine einfache Hypothekenkündigung richtig bestellen können?[1])

Die Konsequenzen seiner Anschauung wagt aber das RG. selbst nicht zu ziehen: Der Adressat soll die seinem Hausgenossen abgegebene Erklärung nur dann als ihm in jenem Zeitpunkte zugegangen gelten lassen müssen, wenn sie ihm „wirklich und richtig mitgeteilt" wird. —

Der Widerspruch liegt auf der Hand. Treffend sagt Breit (S. 665): „Entweder ist die Erklärung in dem Zeitpunkte zugegangen, in dem sie dem Hausgenossen mitgeteilt wird — dann ist die Kenntnis des Adressaten überflüssig —, oder aber die Kenntnis des Adressaten ist ein notwendiger Faktor — dann ist die Erklärung eben erst in dem Zeitpunkte zugegangen, in dem der Adressat die Kenntnis erlangt. Eine dritte Möglichkeit ist ausgeschlossen."[2])

---

[1]) Man wird auch Koppers beipflichten müssen, wenn er sagt (D.J.Z. 06,75): „Wenn zur Vollendung einer Willenserklärung die mündliche Mitteilung an einen erwachsenen Hausgenossen des Erklärungsgegners genügen soll, so ist nicht abzusehen, warum nicht der gleiche Erfolg einer schriftlichen Mitteilung in einem an einen Hausgenossen gerichteten Briefe beigelegt werden kann, wenn der Hausgenosse in dem Briefe um Uebermittelung der Erklärung an den Beteiligten gebeten wird."

[2]) Wir lassen hier eine kurze Uebersicht über den Stand der Ansichten folgen:

I. Vernehmungstheorie:
- a) **rein**: Breit S. 658; Eltzbacher S. 238; Oertmann S. 725; scheinbar auch Kipp S. 341[20] und Kohler S. 500 II 2;
- b) **modifiziert**: Biermann S. 144 f; Crome S. 392, 2; David S. 238; Endemann S. 314[27]; Enneccerus S. 389; Goldmann-Lil. S. 173; F. Leonhard S. 33; Neumann § 130 A I 2; Planck § 130[2]; Rehbein S. 122; Zitelmann A. T. S. 96 b).

II. Empfangstheorie:
- a) **gemäßigt**: Cosack S. 180a; Gareis S. 158; Isay S. 94; R. Leonhard S. 284; Manigk S. 333 f; Koppers S. 226;
- b) **rein**: Hölder, RG., Makower, Staub, Staudinger; vgl. die Anmerkungen auf S. 22.

III. Einfluß der Bewußtlosigkeit des Adressaten auf das Zugehen von Erklärungen.

Die soeben entwickelten Grundsätze sind bedeutsam nicht nur für die Frage, wann eine Willenserklärung wirksam wird, sondern auch für die, ob sie wirksam wird, wenn der Adressat im Augenblicke des Anlangens der Erklärung sich in einem „Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit“ befindet (§ 105 II). Daß eine Erklärung, die in einem derartigen Zustande abgegeben wird, nichtig ist, sagt das Gesetz in § 105 II. Es schweigt jedoch über den Einfluß eines solchen Zustandes auf den Empfang von Willenserklärungen.

1. Wir haben dargelegt, daß das Gesetz für das Wirksamwerden vorübergehender Erklärungen wirkliche Vernehmung verlangt. Daher kann eine mündliche Erklärung, die einem Bewußtlosen gegenüber abgegeben wird, ebensowenig wirksam werden, wie die einem Tauben gegenüber geäußerte. Hierbei macht es natürlich keinen Unterschied, ob die Erklärung unter Anwesenden oder unter Abwesenden, d. h. unmittelbar oder telephonisch, ob sie von ihrem Urheber in Person oder durch seinen Boten ausgerichtet wird. Hierüber herrscht meines Wissens Einstimmigkeit.

2. Für bleibende Erklärungen würde dagegen — wie auch sonst — die Empfangstheorie gelten. Diese will es ja gerade vermeiden, daß anormale Umstände in der Person des Adressaten dem Absender schaden, und kann es aus dem bereits im vorigen zur Genüge hervorgehobenen Grunde. Mit Recht sagt Planck (§ 131 2a): „Der Verkehr würde es nicht ertragen, wenn die einem andern durch Brief oder Telegramm zugegangene Erklärung deshalb unwirksam wäre, weil der andere in dem Zeitpunkt, in welchem ihm der Brief oder das Telegramm zugeht, schläft, betrunken ist oder sich in einem sonstigen Zustande der im § 105 Abs. 2 bezeichneten Art befindet.“

Kein Raum ist hier für eine analoge[1]) Anwendung des § 131, welcher die einem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gegenüber abgegebenen Erklärungen (mit einer hier nicht interessierenden Ausnahme) erst dann wirksam werden läßt, wenn sie

---

[1]) Noch viel weniger für eine direkte. Aus der Stellung des § 105 II ergibt sich ganz deutlich, daß jener Zustand an sich keine Minderung der Geschäftsfähigkeit bewirkt. § 64 II Entwurf I hatte allerdings die nur vorübergehend des Vernunftgebrauchs Beraubten als geschäftsunfähig bezeichnet, wurde aber nicht Gesetz.

dem gesetzlichen Vertreter zugehen. Der Grund für diese Bestimmung ist, daß jene Personen nach Ansicht des Gesetzes nicht fähig sind, in einer ihren Interessen entsprechenden Weise auf die ihnen gegenüber abgegebenen Erklärungen zu reagieren. Dieses Bedenken trifft aber für die unter § 105 II fallenden Personen nicht zu, weil ihr anormaler Zustand ein verhältnismäßig schnell vorübergehender ist und sie daher nach Fortfall der Behinderung von der ihnen zugekommenen Erklärung Kenntnis nehmen können, was im Verkehrsinteresse für genügend erachtet wird.

In diesem Sinne äußert sich auch die herrschende Meinung; abweichender Ansicht sind aber Isay und Endemann.[1])

Isay (S. 87 f.) verlangt für den Empfänger „Erkenntnisfähigkeit" im Augenblicke des Empfanges und kommt so zu folgendem Ergebnis: ‚Indessen wird .... als Prinzip auch im Falle des § 105 II Nichtigkeit anzunehmen und nur dann, wenn die Bewußtlosigkeit den Umständen nach auf das Zugehen ohne Einfluß ist, der Empfang als gültig zu erachten sein. Daher ist allerdings ein Brief auch dann zugegangen, wenn er während des Mittagsschlafes des Adressaten in dessen Briefkasten geworfen wird; anders jedoch, wenn der Empfänger z. B. in mehrtägigen Fieberdelirien liegt." — Warum der Mittagsschlaf zwar „auf das Zugehen ohne Einfluß" sein soll, die mehrtägigen Fieberdelirien aber nicht, und welches das Kriterium für eine solche Unterscheidung ist, ist unmöglich einzusehen.[2])

Aehnlich verlangt Endemann (S. 312 22) für den Empfang die gleiche Geschäftsfähigkeit wie für die Abgabe der Erklärung und bringt dafür folgende drei Argumente bei:

[1]) Gegen sie Breit S. 676 ff; Titze S. 382 7.

[2]) Cosack (S. 170 III) stellt als Regel den Satz auf, daß Erklärungen, die einem vorübergehend geistig Unfreien gegenüber abgegeben werden, vollgültig seien; „anders nur dann, wenn der Erklärende Anlaß hatte, auf den Zustand des Empfängers ... Rücksicht zu nehmen". Das soll einerseits allgemein für mündliche Erklärungen zutreffen, anderseits etwa für den Fall, daß der Vermieter dem sinnlos betrunkenen Mieter in einer Wirtschaft einen Kündigungsbrief zusteckt. — Allerdings ist das Ergebnis richtig; aber nicht deswegen, weil der Vermieter auf diesen „Zustand Rücksicht zu nehmen" hätte, sondern weil die Kündigung am unrechten Orte erfolgte: auch der nüchterne Mieter brauchte sich in der „Wirtschaft" eine Kündigung nicht gefallen zu lassen. Dagegen wäre die Kündigung wohl wirksam, wenn der Vermieter den Mieter in dessen Wohnung betrunken angetroffen und den Kündigungsbrief dort etwa auf den Schreibtisch niedergelegt hätte.

α) „§ 131 I stellt den Zeitpunkt fest, wo die Erklärung in Wirkung tritt." Darum haben wir schon oben die anologe Anwendung des § 131 zurückgewiesen.

β) „Ist die Erklärung im Falle des § 105 II nichtig, so muß es auch das Empfangen sein." Hierin liegt eine petitio principii, denn das soll ja gerade bewiesen werden.

γ) „Unbillig und verkehrswidrig wäre das Ergebnis für § 663." Auch das ist nicht richtig; denn das Wort „unverzüglich" bietet dem Adressaten einen vollkommen ausreichenden Schutz.

IV. Vertragsschluß mittels Fernsprechers.

Wir haben bereits erwähnt, daß die einzige auf den Fernsprecher bezügliche Norm des BGB sich in der Lehre vom Vertrage befindet. Es handelt sich hierbei nicht um die Frage, wann der Antrag oder die auf ihn erfolgende Antwort wirksam wird, sondern binnen welcher Zeit die Annahme erfolgen muß, um wirksam zu sein. Nach § 147 kann der mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag nur sofort angenommen werden.

Die Bedeutung der „sofortigen" Annahme ist besonders streitig geworden für den Fall, daß nach der Erklärung des Antrages, aber vor erfolgter Annahme, die Verbindung unterbrochen, aber sogleich wiederhergestellt wird, und daß nun ungesäumt die Annahme erklärt wird.

Biermann (S. 152) nimmt an, die Annahme bringe hier den Vertrag nicht zustande.

Planck (§ 147 [1]) und Enneccerus (S. 397 [13]) meinen, die Annahme komme zwar zu spät, der Antragende müsse sie aber ausdrücklich als verspätet zurückweisen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen wolle. Planck hält das für ein Erfordernis von Treu und Glauben, während Enneccerus dieses Ergebnis durch analoge Anwendung von § 149 gewinnt.

Düringer-Hachenburg (II 80) unterscheiden zwischen Orts- und Fernverkehr. Dort schaffe die Herstellung der Verbindung die alte Sachlage wieder. Anders beim Fernverkehr, bei dem der Oblat mit der offiziellen Gesprächsdauer rechnen müsse.

Dagegen sieht Dernburg (S. 436 [15]) die sogleich nach Wiederherstellung der Verbindung erklärte Annahme regelmäßig als rechtzeitig erfolgt an.

Um zur richtigen Lösung zu gelangen, müssen wir uns Sinn und Zweck des § 147 vor Augen führen. Sein zweiter Absatz lautet: „Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf." Die Motive[1]) sagen dazu: „Für die Beurteilung, ob die so bemessene Frist eingehalten ist, muß der Standpunkt des Antragenden maßgebend sein; er hat mit dem Antrage die Frist gestellt, und die Billigkeit erfordert, daß die Dauer des für ihn nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes von ihm übersehen werden kann. Trifft der Antrag bei dem Antragsempfänger verspätet .... ein, so ist es Sache des Antragsempfängers, den Zeitverlust durch beschleunigte Beförderung der Antwort einzubringen, es müßte denn der Antragende bei der Absendung das Hindernis gekannt haben; letzterenfalls kann der Antragende die Antwort nur unter Einrechnung der von ihm vorausgesehenen Verspätung erwarten."

Aehnlich heißt es in den Protokollen[2]): „Das Gesetz dürfe unterstellen, daß nach dem Willen des Antragenden dem Empfänger so viel Zeit verbleiben solle, als unter regelmäßigen Umständen zum Eintreffen der Antwort nötig sei. Spreche es dies aus, so sei damit zum Ausdruck gebracht, daß der Antragende auf ein richtiges Funktionieren der Verkehrsmittel rechnen, daß er ferner eine ordnungsmäßige Absendung der Antwort, also auch die Wahl des entsprechenden Beförderungsmittels seitens des Empfängers, voraussetzen dürfe, und daß unvorhergesehene, dem Antragenden nicht bekannte Umstände keine Berücksichtigung finden könnten."

Jene Vorschrift ist also eine Schutzvorschrift für den Offerenten, der für die Bemessung der Zeit seiner Gebundenheit einen objektiven Maßstab erhalten soll. Sie will nur verhüten, daß unvorhergesehene, dem Offerenten unbekannte Umstände diesem schaden. — Eine andere Zweckbestimmung für § 147 Abs. 1 anzunehmen, fehlt jede Veranlassung.

Die Zeit, welche man mit „sofort" bezeichnet, ist zwar relativ sehr kurz, aber nicht präzise bestimmt.[3]) Sie erscheint mir als nichts

---

[1]) S. 170; Mugdan S. 446.

[2]) S. 168 f.; Mugdan S. 691.

[3]) „Ob die Annahmeerklärung als eine sofortige zu betrachten sei, ist nach Lage des Falles zu entscheiden. Eine Einengung des richterlichen Ermessens in dieser Hinsicht könnte nur nachteilig wirken." (Motive S. 169; Mugdan S. 445.)

anderes, als die auf ein Minimum reduzierte Zeitspanne des § 147". In beiden sind die gleichen drei Bestandteile enthalten: „Die Beförderungszeit des Antrages, das tempus modicum für die Erklärung der Annahme und die Beförderungszeit der Annahme." [1]) Demnach dürfte das Prinzip der Vorschrift in Abs. 2 deutlicher zum Ausdruck gebracht worden sein.

Die Formulierung des Abs. 1 erklärt sich leicht daraus, daß erfahrungsgemäß bei unmittelbarem mündlichen Verkehr Unregelmäßigkeiten in der Uebermittelung zu den größten Seltenheiten gehören. Und als man in der 2. Kommission den 2. Satz einfügte, dachte man ebenfalls weniger an Störungen während des Gesprächs, als an die Frage, ob telephonische Erklärungen prinzipiell denen unter Anwesenden gleichzustellen seien.

Nach alledem halten wir die Ansicht Dernburgs für die richtige, der die ungesäumt nach Wiederherstellung der Verbindung erfolgte Annahme für rechtzeitig erklärt.

Diese Entscheidung dürfte auch allein den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr entsprechen. Das fühlt auch Planck, wenn er den prinzipiell entgegengesetzten Standpunkt dahin einschränkt, daß er dem Offerenten mit Rücksicht auf „Treu und Glauben" die Pflicht auferlegt, die Annahme ausdrücklich als verspätet zurückzuweisen. Daß diese Entscheidung im Gesetz eine Stütze finde, kann nicht behauptet werden und wird auch von Planck nicht behauptet.

Enneccerus sucht dasselbe Resultat mit § 149 zu rechtfertigen. Darauf entgegnet schon Biermann (S. 152[20]) zutreffend: „Die Bestimmung des § 149 erklärt sich daraus, daß hier der Annehmende, da er von sich aus rechtzeitig angenommen hat, darauf rechnen darf und muß, daß der Vertrag zustande gekommen ist. In dem vorliegenden Falle kann der Annehmende eine solche Meinung nicht hegen."

Ebenso entbehrt die Scheidung Düringer-Hachenburgs in Orts- und Fernverkehr jeder Begründung. Die „amtliche Gesprächsdauer" von drei Minuten ist doch nicht als Maximalzeit für die Annahme telephonischer Vertragsofferten gedacht, sondern bedeutet nur die Einheitszeit für die Preisberechnung.

Unsere Ansicht wird auch noch von folgender Erwägung gestützt: Bei einer unter „Abwesenden" erfolgenden Annahme hat der Akzeptant

[1]) Motive S. 170; Mugdan S. 446.

nicht nur die Möglichkeit, durch Wahl eines geeigneten Beförderungsmittels einen etwaigen Zeitverlust einzubringen (er sendet z. B. statt eines Briefes eine Depesche), sondern er hat es auch in seiner Hand, ein Erklärungsmittel zu wählen, das ihm eine beliebig große Sicherheit für das Anlangen der Antwort gewährt (er wählt z. B. statt eines einfachen Briefes einen eingeschriebenen). — Bei einer telephonischen Offerte sollte aber der Offerent seinen Gegner zwingen können, sich eines Mittels zu bedienen, bei dem Unregelmäßigkeiten an der Tagesordnung sind, und sollte darauf spekulieren dürfen, daß er selbst vielleicht in letzter Linie darüber entscheiden kann, ob er sich an seinen Antrag gebunden halten will oder nicht?

V. Verhinderung der Abgabe oder Entgegennahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch den Adressaten.

Koppers teilt in D. J. Z. 01, 112 f. folgenden Fall mit: „A in C bietet dem B in D zwei Kuxe zum Preise von 1000 Mk. bis 7 Uhr abends an. Um 6 Uhr verreist A, weil er angeblich auswärts unaufschiebbare Geschäfte zu besorgen hat. Darauf um 6$^1/_2$ Uhr telephoniert B, daß er das Angebot annehme. Die Annahmeerklärung wird von der Ehefrau des A am Fernsprecher in Empfang genommen. Diese erwidert, daß ihr Mann verreist sei, daß sie von der Angelegenheit keine Kenntnis habe und sich auf nichts einlassen könne. Eine Vollmacht hatte die Ehefrau nicht."

In diesem Rechtsfalle sind zwei Probleme enthalten. Zunächst taucht die Frage auf, welches die rechtliche Stellung der Frau bei diesem Vertrage gewesen ist (was Koppers mit Recht dahin beantwortet, sie sei Bote des Annehmenden).[1]) Anderseits ist zu überlegen, ob nicht der Verhinderung der rechtzeitigen Abgabe oder Empfangnahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch den Adressaten eine besondere Bedeutung zukommt. Diese Frage erklärt Koppers für unbeachtlich und gelangt so zu einem Ergebnis, über welches berechtigterweise „mehrere erfahrene Kaufleute geradezu entrüstet waren".

Mit dieser zweiten Frage haben sich Literatur und Rechtsprechung bereits mehrfach befaßt, ohne jedoch zu einheitlichen Resultaten zu gelangen.

1. Der erste Lösungsversuch ist von Habicht (D. J. Z. 01, 265) unternommen worden. Er empfiehlt die direkte Anwendung des

---

[1]) Wir kommen darauf unten des näheren zurück.

§ 162, „denn in allen Fällen, wo eine Willenserklärung binnen einer bestimmten Frist abgegeben werden muß, damit ein Vertrag zustande komme oder ein Schuldverhältnis eine bestimmte Umgestaltung erfahre, liegt eine Bedingung vor, von deren Eintritt oder Nichteintritt diese Rechtsfolge abhängig ist". Die absichtlich vereitelte Abgabe oder Empfangnahme gilt also als geschehen. — Habicht greift etwaigen Einwendungen gegen diese direkte Anwendung dadurch vor, daß er eventuell auf eine analoge Anwendung des § 162 hinweist. In der Tat ließe sich eine nur analoge Anwendung dieser Vorschrift rechtfertigen.

Habicht will aber außerdem über die Fälle der Verhinderung „wider Treu und Glauben" hinausgehen und die Analogie auch auf solche Fälle erstrecken, in denen durch Fahrlässigkeit des Adressaten, ja sogar durch zufällige[1]) Ereignisse in seiner Person die Abgabe oder Entgegennahme der Erklärung vereitelt werden. Damit verstößt er jedoch gegen die Regeln der Auslegung; denn es ist unmöglich, Rechtsfolgen, welche das Gesetz ausdrücklich an ein bestimmtes arglistiges Verhalten knüpft, ohne weiteres auf Fälle von Fahrlässigkeit und Zufall zu erstrecken.

Habichts Lehre hat in der Literatur wenig Anklang gefunden. Das Reichsgericht folgt aber in Bd. 58 S. 406 ff. seinem Gedankengange.[2])

Es erachtet für den Fall der Arglist eine entsprechende Anwendung der §§ 162, 815 für geboten und erklärt demnach „die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens für begründet".

2. Für sonstige Fälle des Verschuldens weicht das RG. dagegen bereits von Habicht ab. Hier sei eine analoge Anwendung jener Bestimmungen nicht am Platze. Da aber der Grundsatz von Treu und Glauben den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr beherrsche, dürfe niemand „aus seinem Verschulden zum Nachteil des andern einen Vorteil herleiten." Das RG. gestattet also dem Erklärenden, einer solchen „wider Treu und Glauben verstoßenden Ausbeutung der Rechtskonsequenz . . . mit dem Rechtsbehelfe der Arglist, entsprechend der früheren exceptio oder replica doli generalis" entgegenzu-

---

[1]) A wird z. B. durch einen Ohnmachtsanfall verhindert, das Telephon zu bedienen und die Erklärung des B entgegenzunehmen.

[2]) Ebenso Kolmar OLG. 12 63 ff. Gegen das RG.: v. Blume, S. 21 f.; Stammler S. 53.

treten.[1]) — Die bekannte Streitfrage, ob es im heutigen Recht noch eine exceptio doli generalis gibt, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden.[2]) Es wird jedoch mit Kipp (S. 215) zu sagen sein: „Zu verwerfen ist, wenn einem Billigkeitsempfinden, das für den Verpflichteten zu sprechen scheint, durch Gewährung einer sogenannten exceptio doli ohne exakte Begründung nachgegeben wird." Kipp bezeichnet wohl mit Recht die exceptio doli als „ein ererbtes Schlagwort, das den, der es gebraucht, leicht verhindert, sich darüber klar zu werden, ob eine und welche Handhabe das geltende Recht wirklich bietet."

Die Frage der zufälligen Verhinderung zu entscheiden, nimmt das RG. im konkreten Falle keine Veranlassung. Es glaubt aber, daß das Gesetz für eine Ausdehnung auf solche Fälle keinen Anhalt zu bieten scheint.

3. In demselben Umfange, in welchem die analoge Anwendung des § 162 dem Erklärenden Schutz gewähren könnte, geschieht dies durch die von Wendt (S. 211 f.) und v. Blume (S. 11) vorgeschlagene analoge Anwendung des § 530 II. Dieser läßt nämlich den Widerruf einer Schenkung durch den Erben des Schenkers ausnahmsweise (vgl. § 532 [2]) dann zu, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich (getötet oder) am Widerrufe gehindert hat. — Die Bestimmungen über den Widerruf einer Schenkung scheinen mir aber so singulärer Natur zu sein, daß sie eine Verallgemeinerung kaum gestatten. — Ueberdies würde dadurch nur die vorsätzliche Verhinderung durch den Adressaten getroffen werden. v. Blume glaubt (S. 13, 23 f.), daß ein weitergehender Schutz sich nicht rechtfertigen ließe: denn das Gesetz kenne einen Schadensersatz nur bei vorsätzlicher und wider die guten Sitten verstoßender Vermögensschädigung (§ 826, entsprechend § 162); ein Satz aber, dem eine Parallele im Entschädigungsrecht fehle, müsse als eine „Abnormität" bezeichnet werden. — Ein Beweis für diese wunderliche Behauptung wird nicht erbracht.

4. Andere Autoren glauben das Schadensersatzrecht zur Begründung heranziehen zu können.

a) Planck (§ 130 [5]) und Kipp (S. 344 [6]) führen aus: Verhindert der zur Entgegennahme Verpflichtete die Entgegennahme,

[1]) So RG. in J. W. 04 S. 337 [4]; hier aber auch für den Fall der Arglist.

[2]) Literatur darüber bei Staudinger § 157 [6].

so verletzt er seine Verpflichtung und ist, wenn ihm dabei Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, zum Schadensersatze verpflichtet. Der nach § 249 herzustellende Zustand kann zwar nicht direkt, aber doch indirekt dadurch bewirkt werden, daß der zum Ersatze Verpflichtete sich so behandeln lassen muß, wie wenn die Erklärung innerhalb der Frist ihm gegenüber wirksam abgegeben wäre. — Nun wird aber fast einstimmig anerkannt, daß das Gesetz eine allgemeine Rechtspflicht zur Entgegennahme von Erklärungen nicht kennt;[1]) möglich wäre eine solche allerdings im Rahmen eines zwischen den Parteien bereits bestehenden Rechtsverhältnisses. Plancks Konstruktion hilft uns daher nur in den Fällen, in denen eine derartige Pflicht besteht, und auch dann nur bei Verschulden des Erklärungsdestinatärs.

b) Breit[2]) kommt zwar zu demselben Resultate, vermeidet aber die Voraussetzung einer Verpflichtung zur Entgegennahme. Er argumentiert folgendermaßen: In allen Fällen, in denen jemand eine mit Rechtswirkungen verbundene einseitige Willenserklärung abgebe, übe er ein Recht des rechtlichen Könnens aus. Dieses könne, wie von jedem Dritten, so auch von dem Adressaten schuldhaft verletzt werden, z. B. dadurch, daß er durch Nichtannahme des Briefes die fristgemäße Vollziehung der Erklärung vereitelt. Da aber die Kannrechte unter die „sonstigen Rechte“ des § 823 [1] fielen, mache der Adressat sich schadensersatzpflichtig. Im übrigen schließt er sich Planck an, hilft also dem Erklärenden auch nur bei Verschulden des Adressaten.

Eine Ausdehnung auf zufällige Umstände halten die genannten Schriftsteller nicht für geboten. So meint Breit:[3]) „Hat der Absender überhaupt den casus bei der Uebermittelung zu tragen, so muß es gleichgültig sein, ob der casus auf die Person des Adressaten oder eines Dritten zurückzuführen ist.“ — Dieser Argumentation wird nicht

[1]) v. Blume S. 15; Dernburg S. 450 [21]; Habicht S. 265; F. Leonhard S. 41; Rehbein S. 122 [3]; Staudinger § 130 [10]; Titze S. 450 ff. Vgl. auch RG. 56, 264; OLG. Hamburg Seuff. Arch. 50 Nr. 77 und Hans. G. Z. Beibl. 01, 13. Nur Endemann (S. 313 [23]) will eine solche Verpflichtung als Seitenstück zur prozessualen Einlassungspflicht konstruieren.

[2]) S. 595 f. Gegen ihn (wohl mit Unrecht) v. Blume S. 18 ff. Breit hätte sich auf RG. 50, 195 stützen können. Gegen diese Entscheidung wiederum Staub D. J. Z. 02, 427 und Staudinger IIb 860 f.; mit dem RG.: Joerges S. 75 [75].

[3]) S. 595. Aehnlich Planck § 130 [5] a. E.

beizupflichten sein. Wir kommen zu dem entgegengesetzten Ergebnis[1]) auf Grund folgender Erwägung:

Es ist Sache desjenigen, der eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgibt, sie dem Destinatär so nahe zu bringen, daß dieser in der oben bezeichneten Weise davon Kenntnis nehmen kann. Einen Zufall, der sich dabei ereignet, hat der Erklärende zu tragen: casum sentit dominus. Gleichgültig ist es natürlich, ob er selbst die Erklärung übermittelt oder sich einer andern Person zur Uebermittelung bedient: auch ein zufälliges Ereignis in der Person des Boten hat also der Erklärende zu tragen. Nun bedarf es aber zur Wirksamkeit einer jeden empfangsbedürftigen Willenserklärung (außer im Falle des § 132) auch der Mitwirkung des Adressaten; diese ist entweder aktiv (z. B. Abholen der Antwort, Unterschreiben der Empfangsbescheinigung bei Einschreibebriefen, Bedienung des Fernsprechers) oder passiv (z. B. Zuhören bei mündlichen Erklärungen). Soweit nun die Mitwirkung des Adressaten reicht, kann von einer „Uebermittelung" noch nicht oder nicht mehr gesprochen werden. Das wird besonders deutlich, wenn wir an den Fall denken, daß die Mitwirkung des Adressaten vor der Abgabe der Erklärung erforderlich wird; z. B. A will die Antwort auf die von ihm dem B gemachte Offerte bis 7 Uhr abholen; er erscheint rechtzeitig, und B läßt das Antwortschreiben durch seinen Diener dem im Vorzimmer wartenden A behändigen. Hier wird niemand behaupten, daß die „Uebermittelung" schon vor der Absendung des Dieners beginnt; und daher würde auch niemand sagen, daß ein zufälliges Ereignis, welches den A am rechtzeitigen Erscheinen hindert, ein von B zu tragender „Zufall bei der Uebermittlung" ist. Ebenso ist es jedoch, wenn die Mitwirkung des Adressaten erst nach der Abgabe der Erklärung stattfindet. — Wenn also der Adressat im Bereiche seiner Mitwirkung den casus tragen soll, so ist das nicht[2]) eine Ausnahme von der Regel, daß der Erklärende die Gefahr der „Uebermittelung" trägt, sondern die entgegengesetzte Regelung wäre eine Ausnahme von dem Satze: casum sentit dominus.

---

[1]) Eine Ausdehnung auf zufällige Umstände in der Person des Adressaten wünschen auch: David S. 238; Dernburg S. 450[6]; Enneccerus S. 388; Habicht S. 266; Kohler S. 503 VI; F. Leonhard S. 39 f.; Neumann § 130 A I 1 a; Titze S. 447, 452. Als Begründung finden sich aber bei allen höchstens Hinweise auf Billigkeit, Treu und Glauben und das Verkehrsbedürfnis, die zwar berechtigt sind, aber für sich allein nicht ausreichen.

[2]) Wie auch Titze (S. 462) annimmt.

5. Es bleibt endlich noch der insbesondere von Titze (S. 452 ff.) eingeschlagene Weg zu erwähnen: Die Analogie der Normen des Gläubigerverzuges. Schon F. Leonhard (S. 40) hatte ihn flüchtig angedeutet, und Habicht (S. 267) hatte ihn verwertet, ohne ihm jedoch — wie er selbst sagt — eine entscheidende Bedeutung beizulegen. Auch wir halten diesen Gesichtspunkt für zutreffend.

Titze geht davon aus, daß, soweit es sich um die Rechtzeitigkeit handelt, der Adressat an der Abgabe der Willenserklärung in ähnlicher Weise interessiert ist, wie der Gläubiger eines Schuldverhältnisses an der Bewirkung der Leistung. — Richtiger würde man wohl als Ausgangspunkt das Interesse des Schuldners (Erklärenden) ins Auge fassen und sagen: Wie bei der Erfüllung eines Schuldverhältnisses der Schuldner ein Interesse daran hat, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, so hat der Erklärende ein Interesse daran, seine Erklärung rechtzeitig abzugeben. Erkennt man aber einmal die Aehnlichkeit dieser beiden Situationen an, so wird man auch die Rechtsfolgen, welche das Gesetz an die mangelnde Annahmebereitschaft des Gläubigers knüpft, auf unsere Fälle entsprechend anwenden müssen. Die analoge Anwendung ergibt folgende Sätze:

Wie beim Gläubigerverzuge die Leistung tatsächlich angeboten werden muß, so hat in unseren Fällen der Erklärende das zur Perfektion der Willenserklärung seinerseits Erforderliche zu tun. Wie dort das tatsächliche Angebot nicht notwendig ist, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist (§ 295/6), so bedarf es auch hier nicht der Abgabe der Erklärung, wenn und solange ihr eine Mitwirkung des Adressaten vorauszugehen hat. Wie ferner Verschulden keine Voraussetzung des Gläubigerverzuges bildet, so trägt hier der Adressat die Nachteile eines in seiner Person eingetretenen Zufalles. Wie der Verzug nicht von einer Annahmeverpflichtung des Gläubigers abhängig ist, so treffen auch hier die Folgen der Verhinderung den Adressaten ohne Rücksicht auf eine Rechtspflicht zur Entgegennahme. Wie dort der Schuldner von der Leistung nicht ganz befreit wird, sondern sie nach Wegfall des Verzuges zu bewirken hat, so darf auch hier weder die Abgabe, noch die Empfangnahme fingiert werden, sondern beide müssen wirklich erfolgen.[1] Und wie dort der Schuldner die fällige Leistung sofort

[1] Im Ergebnis ebenso Crome S. 394; Dernburg S. 451 [22]; Goldmann-Lil. S. 173 III 2; Hölder D. J. Z. 01, 341; Titze S. 449, 460; Wendt S. 210.

nach Beendigung des Gläubigerverzuges vorzunehmen hat, um nicht seinerseits in Verzug zu kommen,[1]) so wird man auch in unseren Fällen unverzügliche Nachholung der Abgabe der Erklärung verlangen dürfen.

So glauben wir in der Analogie des Gläubigerverzuges eine theoretisch wie praktisch befriedigende Lösung unserer Frage gefunden zu haben. Theoretisch dürfte sie vor den oben genannten Versuchen schon deswegen zu bevorzugen sein, weil hier das Gesetz selbst ein ganzes System darbietet, welches mühelos auf unsere Fälle übertragen werden kann, während man sonst genötigt ist, aus vereinzelten Gesetzesbestimmungen (z. B. § 162, 530) immerhin gewagte Schlüsse zu ziehen oder das gewünschte Ergebnis aus allgemeinen Prinzipien abzuleiten.

Gegen den von Titze gemachten Versuch wenden sich David (S. 234) und v. Blume.[2]) Jener ist der Ansicht, die Bestimmungen über den Gläubigerverzug seien zwar Ausfluß des das BGB. beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben, aber dennoch Sondervorschriften, die eine ausdehnende Auslegung nicht zuließen. Dagegen bemerkt schon Titze (S. 454 [110]): „Daß die Rechtssätze vom Annahmeverzug „Sondervorschriften" seien, wird man im Ernste nicht behaupten können."

v. Blume (S. 5 ff.) meint, die Bestimmung des § 293 sei ersichtlich zu eng gefaßt; andrerseits geht ihm Titze zu weit. Er selbst will außer den „Erfüllungshandlungen" auch sonstige „Befreiungshandlungen" in den Kreis des § 293 hineinziehen, d. h. alle diejenigen Handlungen, „durch die ein bestehendes Schuldverhältnis aufgehoben werden soll: Kündigung, Aufrechnung, Rücktritt, Widerruf, Wandlung, Anfechtung usw." Abgesehen davon, daß die angeführten Beispiele die besondere Kategorie der Befreiungshandlungen schwerlich rechtfertigen, ist es nicht einzusehen, warum v. Blume andere Willenserklärungen, z. B. Vertragsannahme oder Erteilung der Genehmigung (§§ 108, 177 u. a.) ausschließen will. Wir halten demnach daran fest, daß unsere Regel für sämtliche empfangsbedürftigen Willenserklärungen gilt, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist abgegeben werden müssen.

---

[1]) Nicht ist der Grund (Titze S. 462), daß es sich hier um eine eng zu begrenzende Ausnahme zugunsten des Erklärenden handelt.

[2]) Auch Landau (S. 23 ff.), der unser Problem durch Verallgemeinerung der in den §§ 121 I, 149 enthaltenen Rechtsgedanken zu lösen sucht.

Der an die Spitze dieses Abschnittes gestellte Rechtsfall wäre also dahin zu beantworten, daß B durch eine ungesäumt nach dem Mißlingen der telephonischen Abgabe nachzuholende Annahmeerklärung den Vertrag zustande bringen kann. Mit dieser Entscheidung dürfte sich auch jeder erfahrene Kaufmann einverstanden erklären.

VI. Zur Lehre von den Mittelspersonen.

Nicht in allen Fällen werden die Erklärungen von demjenigen abgegeben, übermittelt und entgegengenommen, dessen Rechtssphäre sie betreffen. Vielmehr verwendet man häufig zu diesem Zwecke Mittelspersonen, welche nach außen hin handelnd auftreten, während die Geschäftswirkungen ausschließlich den dominus treffen. Mit einem Teile dieser Personen beschäftigt sich die Lehre von den Stellvertretern und Boten, eine Lehre, welche in engem Zusammenhange mit der vom Wirksamwerden der Erklärungen steht, und welche auch in unserem Zusammenhange nicht ganz übergangen werden darf.

1. Das BGB regelt eingehend (§§ 164 ff.) nur die Lehre von der Stellvertretung[1]), und zwar hat man als „Vertreter"[2]) denjenigen zu bezeichnen, der statt eines anderen und in dessen Namen eine Willenserklärung abgibt oder dem gegenüber eine solche in der bezeichneten Weise abgegeben wird. In der Wissenschaft sind dafür die Bezeichnungen „aktiver" und „passiver" Stellvertreter üblich.

a) Das Charakteristische für den aktiven Stellvertreter ist, daß die von ihm abgegebene Willenserklärung seine Willenserklärung, nicht die des Vertretenen ist, wenngleich in dessen Person die rechtsgeschäftlichen Wirkungen eintreten. Das BGB steht zweifellos auf dem Boden der sogenannten Repräsentationstheorie und lehnt weitere, hier nicht näher zu erörternde Theorien ab, die entweder den Vertretenen allein[3]) oder mit dem Vertreter vereint[4]) als Kontrahenten

---

[1]) Schloßmann hat diese Lehre einer beachtenswerten Kritik unterzogen. Seine Ansichten sind aber nur de lege ferenda zu verwenden, da — wie er selbst zugibt (I 373 ff.) — das BGB. ganz auf dem Boden der von ihm bekämpften Lehrmeinungen steht.

[2]) In einem weiteren, untechnischen Sinne versteht man darunter überhaupt jede Person, die fremde Geschäfte für fremde Rechnung besorgt.

[3]) So im gemeinen Recht insbesondere Savigny II 59; Dernburg, Pand. I 274.

[4]) So noch für das BGB.: Crome S. 455 f. im Anschluß an Mitteis S. 109 ff., 182 ff.

auffassen oder einen Doppelvertrag annehmen.[1]) Der Standpunkt des BGB. erhellt vor allem aus § 166, wonach für Willensmängel, Kenntnis oder Kennenmüssen prinzipiell nicht die Person des Vertretenen, sondern allein die des Vertreters in Betracht kommt.

Diese heute herrschende Ansicht scheint mir auch durch die neuesten, tiefgründigen Untersuchungen Rosenbergs nicht erschüttert zu sein, nach welchem (S. 242) „Wissen und Willen bald des einen, bald des anderen, bald beider zu beachten sind, je nachdem der eine oder der andere oder beide den Geschäftsinhalt maßgeblich und ursächlich bestimmt haben und kraft des Verhältnisses, in dem sie zueinander stehen, bestimmen sollten". Rosenberg darf sich auch nicht auf das Gesetz über den Versicherungsvertrag (vom 30. Mai 1908; RGBl. S. 263 ff.) stützen, welches in seinen §§ 2, 19, 44, 79, 179 bestimmt, in Fällen der behandelten Art komme nicht nur die Kenntnis des Vertreters, sondern auch die des Vertretenen in Betracht. Denn die Begründung des betr. Gesetzentwurfes hebt gerade hervor (S. 15), daß § 166 BGB keinen genügenden Schutz gegen einen Mißbrauch der Versicherung zu unlauteren Zwecken bieten würde, demnach eine besondere Bestimmung notwendig sei.

Die Wirkung der Erklärung richtet sich danach, ob der Vertreter (gesetzliche oder rechtsgeschäftliche) Vertretungsmacht hat oder nicht. Die Bevollmächtigung, d. h. das Rechtsgeschäft, durch welches die Vertretungsmacht erteilt wird (§ 166 II), kann ausdrücklich, aber auch stillschweigend geschehen. In letzterem Falle bemißt sich der Umfang der Vollmacht mangels ausdrücklicher Festsetzung danach, welche Geschäfte „eine Person in dieser Stellung verkehrsüblich für den Herrn vorzunehmen pflegt".[2]) Davon gilt auch für den telephonischen Verkehr keine Ausnahme. Die früher von Staub[3]) vertretene Ansicht, „ein Kaufmann, der Telephonanschluß habe, ermächtige durch dieses Verhalten seine Angestellten Dritten gegenüber zur Abgabe derjenigen Erklärungen, welche dieselben tatsächlich durch das Telephon abgeben", ist heute allgemein aufgegeben.[4])

---

[1]) Thoel § 69.

[2]) Danz S. 225.

[3]) 6./7. Aufl. § 54[11]. Vgl. auch OLG. Braunschweig Zf. HR. 40, 450.

[4]) Staub, 8. Aufl., § 54[13]; Makower § 54 Ib; Goldmann I 246c; Lehmann-Ring § 54[6]; Meili S. 458; Frankenburger S. 845 f. OLG. Hamburg, Seuff. Arch. 59, Nr. 109; LG. I Berlin, KGBl. 94, 26; 97, 68.

b) Es ist das Verdienst des BGB., daß es in § 164^{III} (und § 180[3]) die Zulässigkeit der sogenannten **passiven** Vertretung ausgesprochen hat.[1]) Der passive Stellvertreter ist in der Literatur erst spät beachtet worden, und doch existiert er notwendig schon ebensolange wie der aktive: Denn wenn der aktive Vertreter einem Dritten eine Vertragsofferte macht und dieser sie annimmt, so wird der aktive Vertreter bei der Entgegennahme der Akzeptation zum passiven. Gewöhnlich wird auch die Ermächtigung zur aktiven Vertretung mit der zur passiven verbunden sein; rein passive Vertreter finden wir z. B. in BGB §§ 1141^{II}, 370, ZPO. § 174, StPO. § 119 und ZVG. §§ 4 ff. („Zustellungsbevollmächtigte" und „Zustellungsvertreter").

Das BGB. unterwirft die passive Vertretung einer entsprechenden Regelung wie die aktive. Es wird also die Erklärung ausschließlich an den Vertreter gerichtet; er ist der Adressat der Erklärung, wenn auch die Geschäftswirkungen unmittelbar und ausschließlich den Vertretenen treffen. Die Erklärung geht also nicht letzterem in der Person des Vertreters zu, sondern sie geht ausschließlich dem Vertreter zu.

Deshalb ist es auch überflüssig, wenn gelegentlich der Besprechung des § 147 hervorgehoben zu werden pflegt, auch die Verhandlung mit einem „Vertreter im Willen" sei eine Verhandlung „unter Anwesenden"; und eigentümlich mutet uns die Begründung **Staudingers** (§ 147[3]) an: „Die Gleichstellung des Willensvertreters mit dem Beteiligten selbst rechtfertigt sich daraus, daß letzterer den Willensentschluß des Stellvertreters grundsätzlich als den seinigen anerkennen muß." Unzutreffend ist es ferner, wenn Staudinger auf die Frage, „ob auch dann unter Anwesenden verhandelt ist, wenn einem Stellvertreter oder von einem solchen durch den Fernsprecher ein Antrag gemacht wird", antwortet: „Für die Verneinung scheint der Wortlaut des § 147 zu sprechen („von Person zu Person")." Vielmehr sind hier Offerent und Oblat die beiden Vertreter, wenngleich ihre domini die sachlich Beteiligten sein mögen.

Auch bezüglich der Macht zu passiver Vertretung gelten für telephonische Erklärungen mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften keine

---

[1]) **R. Leonhard** (S 300) läßt auch heute noch nicht die passive Vertretung als Unterart der Vertretung gelten; nach ihm ist auch sie „bloße Beihilfe". (Aehnlich **Dernburg** S. 526[3].) Diese Auffassung hängt damit zusammen, daß er den Empfang als etwas „rein Passives, ein Erdulden" auffaßt (ebenso **Isay** S. 85). Der Empfang darf aber nicht so isoliert betrachtet werden; man muß vielmehr daran denken, daß er zugleich das weitere Verhalten des Vertreters zu motivieren bestimmt ist.

Abweichungen von den allgemeinen Regeln. Es ist daher hier ebenso wie oben der Ansicht Staubs nicht beizupflichten, der eine Ermächtigung der kaufmännischen Angestellten zur Entgegennahme aller telephonischen Mitteilungen unterstellt.[1])

Der Dritte, der sich mit seiner Erklärung an einen passiven Vertreter wendet, muß ihn erkennbar als Vertreter in Anspruch nehmen, sei es, daß er ihn ausdrücklich darauf hinweist, sei es, daß die konkreten Umstände die Vertretereigenschaft ergeben; dies wird stets der Fall sein, wenn die Erklärung sich auf ein Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Vertretenen bezieht, z. B. ein Mieter kündigt dem Hausverwalter als dem Vertreter des Hausherrn. Die Entscheidung, ob jemand in einem bestimmten Falle als passiver Vertreter in Anspruch genommen wird, wird allerdings oft schwierig sein, insbesondere bei mangelnder Vertretungsmacht. Gewöhnlich werden auch hier die gewechselten Worte einen Anhaltspunkt für die Auslegung bieten. Hätte etwa im Koppersschen Falle die Frau am Fernsprecher geantwortet, sie habe zwar keine Vollmacht, doch könne der Akzeptant ihr gegenüber unbesorgt die Erklärung abgeben, ihr Mann werde wohl damit einverstanden sein — dann wäre sie passiver Vertreter und die Wirksamkeit von der Genehmigung des Mannes abhängig (§§ 183, 177).[2]) Hätte dagegen der Akzeptant etwa gesagt: „Bestellen Sie bitte Ihrem Mann, daß ich seine Offerte annehme," und hätte sich die Frau damit einverstanden erklärt — so wäre sie (richtiger Ansicht nach) Bote des Akzeptanten.[3])

[1]) 6./7. Aufl. § 54[11]. Ebenso LG. Leipzig, Sächs. Arch. 5,[182]. Auch ist hier kein Raum für die analoge Anwendung des Art. 50 (§ 56) HGB., da dieser die wirkliche Anwesenheit beider Parteien im Geschäftslokal zur grundlegenden Voraussetzung hat. A. M. L. G. I Berlin KGBl. 90, 21.

[2]) Allerdings könnte er sich in derartigen Fällen durch Verweigerung der Genehmigung nicht der Annahme entziehen. Versuchte er es, so läge der Fall rechtlich wie oben, und der Akzeptant könnte durch unverzügliche Nachholung der Annahmeerklärung die Zeitversäumnis unschädlich machen.

[3]) So auch Koppers D. J. Z. 01, 112; dagegen Hölder D. J. Z. 01, 157. — Dann ist die Situation folgende: Die telephonische Annahmeerklärung an den Mann ist durch diesen vereitelt worden. Die zur Wahrung der Frist von dem Akzeptanten unverzüglich zu treffende Maßnahme liegt in dem Auftrage an die Frau, ihrem Manne die Erklärung auszurichten. Wird es der Frau durch ein verspätetes Eintreffen des Mannes erst nach 7 Uhr möglich, sich ihrer Botschaft zu entledigen, so schadet diese Verspätung dem Akzeptanten nicht. Anders natürlich, wenn die Frau in der Ausrichtung der Botschaft säumig ist. Dann hat sich der Akzeptant eines schlechten Mittlers bedient, und die Frau würde sich ihm eventuell aus dem zugrunde liegenden Auftragsverhältnisse schadensersatzpflichtig machen.

2. a) Man pflegt dem Stellvertreter als „Vertreter im Willen", den Boten als „Vertreter in der Erklärung" gegenüberzustellen. Die Gegenüberstellung in dieser Form scheint mir wenig glücklich. Sie macht es den Gegnern der herrschenden Lehre leicht, die Unrichtigkeit eines Satzes nachzuweisen, den Rosenberg (S. 198) folgendermaßen formuliert: „Stellvertreter und Bote sollen also dadurch unterschieden sein, daß der Wille des Vertreters auf Herbeiführung der mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts verbundenen Folgen gerichtet sein muß, während der Wille des Boten nur die Abgabe der Willenserklärung zum Inhalt hat, der Rechtsfolgewille dagegen bei ihm nicht vorhanden zu sein braucht und daher ganz unerheblich ist, wenn er etwa da sein sollte." Unvermerkt wird nämlich der Kampfplatz vom juristischen Gebiet auf das psychologische gedrängt, auf dem jedoch juristische Streitfragen nicht ausgefochten werden dürfen.

Wenn aber Rosenberg fortfährt: „Grundlage und Angelpunkt . . . jeder Ansicht, die die Wesensgleichheit von Stellvertreter und Boten leugnet, ist die Voraussetzung, daß der Vertreter den Geschäftsherrn im Willen vertrete," so läßt sich mit demselben Recht sagen: Diese Voraussetzung ist auch Grundlage jeder Ansicht, welche jene Wesensgleichheit behauptet. Denn was versucht Rosenberg anderes nachzuweisen, als daß der Bote seinen Herrn nicht minder im Willen vertrete als der Stellvertreter, und daß deswegen jeder Bote ein Stellvertreter sei?

Sucht man nach Schlagworten zur Bezeichnung des Unterschiedes, so sollte man meines Erachtens im Anschluß an das Gesetz (§§ 164, 120) sagen: Der Stellvertreter ist „Vertreter in der Abgabe" bzw. „Vertreter in der Entgegennahme",[1]) der Bote ist „Vertreter in der Uebermittelung" der Erklärung.[2]) Diese Terminologie gestattet uns keine Abschweifung in die Psychologie, sondern verweist uns auf juristisches Gebiet und auf termini technici, die uns aus unseren obigen Untersuchungen bereits bekannt sind.

Das viel behandelte Problem der Grenzziehung zwischen Stellvertreter und Boten kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher erörtert werden. Nur der leitende Gesichtspunkt sei angedeutet! Wie die

---

[1]) Die „Entgegennahme" umfaßt notwendig die „Wahrnehmung", möglicherweise auch den „Empfang". „Entgegennahme einer Willenserklärung" findet sich als gesetzlicher terminus in FGG. § 32.

[2]) Es kann sich also sehr wohl der Stellvertreter eines Boten, nicht aber der Bote eines Stellvertreters bedienen.

Uebermittelung zur notwendigen Voraussetzung hat eine Willenserklärung, die abgegeben wird und empfangen werden soll, so ist auch ein Bote nur denkbar als Bindeglied zwischen einem Erklärenden und einem Erklärungsempfänger und nur mit Bezug auf gerade diese Erklärung. X ist Bote des A nur gegenüber dem B und nur mit Rücksicht auf die gerade von ihm überbrachte Erklärung! Seine Botenfunktion beginnt damit, daß A ihm die Erklärung zur Uebermittelung übergibt und endet mit der Ausführung der Uebermittelung; sie existiert nur für A und B. Der Botenbegriff ist also relativ,[1]) der Stellvertretungsbegriff dagegen objektiv. Der Vater, der Vormund, der Prokurist, der Hausverwalter sind Vertreter ohne Rücksicht darauf, ob sie eine Erklärung abgeben oder entgegennehmen. Das zeigt sich besonders bei der passiven Vertretung. Wer auch immer einen Gegenstand des Unmündigen kaufen will, weiß, daß er sich an dessen Vater bzw. Vormund wenden muß. Diese haben eine bestimmte Rechtsposition kraft ihres Verhältnisses zu dem Vertretenen, wenngleich ihre „Vertretungsmacht" nur bei Gelegenheit ihrer Betätigung als Vertreter in die Erscheinung tritt. Mit Unrecht wendet sich Rosenberg (S. 137) dagegen, daß man dieser „Stellung" des Vertreters überhaupt juristische Bedeutung beimißt.

Nur aus dieser Relativität des Botenbegriffes gegenüber der Objektivität der Stellvertretung erklären sich mannigfache Erscheinungen im Botenrecht: Es gibt kein Analogon des Generalbevollmächtigten, denn jede Botschaft ist mit einer bestimmten Willenserklärung verknüpft. Es gibt keinen „gesetzlichen Boten" als Seitenstück zum „gesetzlichen Vertreter". Es gibt keinen Boten, der dem „Vertreter ohne Vertretungsmacht" an die Seite zu stellen wäre. Es gibt kein „Selbstkontrahieren" des Boten[2]) (vgl. § 181), da hier die Rechtspositionen fehlen, welche (ähnlich den verschiedenen stationes fisci)

---

[1]) Die meisten Irrtümer in der Botenlehre werden dadurch hervorgerufen, daß man mit dem Worte „Bote" allzugern die Vorstellung des Boten im untechnischen, man könnte sagen: volkswirtschaftlichen Sinne verbindet, d. h. derjenigen Person, welche gewerbsmäßig die Uebermittelung von Erklärungen übernimmt. In diesem Sinne erscheint das Wort „Bote" auch im BGB § 196³, sowie in den Zusammensetzungen „Postbote", „Dienstbote", „Botenfrau" usw.

[2]) Rosenberg (S. 233) hält die Möglichkeit des Selbstkontrahierens offenbar logisch nicht für ausgeschlossen, denn er erklärt das Verbot des § 181 auch auf den Boten für anwendbar. Leider erläutert er nicht näher, wie eine solche Situation zu denken ist.

miteinander in Verhandlung treten könnten. Es gibt endlich — was uns in diesem Zusammenhange am meisten interessiert — keinen „passiven Boten".

Es mag zugegeben werden, daß es in einem oder dem anderen konkreten Falle schwer sein wird zu sagen, ob man es mit einem aktiven Stellvertreter mit engbegrenzter Vollmacht oder mit einem Boten zu tun hat. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß es auch vom theoretischen, logischen Standpunkte aus nicht angängig sei, eine feste Grenzlinie zu ziehen, sondern man kann daraus nur einen Schluß auf die Unzulänglichkeit des menschlichen Verstandes ziehen.

Der Notwendigkeit der Grenzziehung gegenüber benachbarten Rechtsgebieten können sich auch unsere Gegner nicht ganz verschließen. So stellt Rosenberg den Vertretern z. B. die „Gehilfen" gegenüber, zu denen er auch den Dolmetscher zählt, und vollzieht die Trennung in der Weise, „daß der Gehilfe . . . . einem andern dazu hilft, daß dieser die zur Wirksamkeit der in Betracht kommenden Rechtshandlung erforderliche Tätigkeit vornimmt, während der Vertreter selbst seinerseits den Tatbestand der Willenserklärung . . . . setzt". Ich selbst könnte mich aber nicht treffender ausdrücken, wenn ich den Unterschied des Boten vom Vertreter kennzeichnen wollte. Umgekehrt müßte alles, was Rosenberg dem Boten zuschreibt, auch vom Dolmetscher behauptet werden, z. B. er bewirke die „Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung" (S. 219) oder „ohne seine Tätigkeit würde das Rechtsgeschäft nicht zustande kommen" (S. 197). Meines Erachtens kann es an dem Botenbegriff nichts ändern, wenn ein Bote die ihm mündlich aufgetragene Erklärung schriftlich, die deutsch aufgetragene französisch, polnisch oder in Taubstummensprache ausrichtet.

Auch erweist sich die alte Kontroverse, ob die Erklärung durch Boten eine solche unter „Abwesenden" oder unter „Anwesenden" sei, nach unseren früheren Ausführungen als unfruchtbar und wertlos. Für die Frage des Zugehens der Erklärung kommt es nur darauf an, in welcher Form sie vom Boten dem Adressaten entgegengebracht wird, und es gilt wieder die Regel: Empfangstheorie für bleibende, Vernehmungstheorie für vorübergehende Erklärungen. — Und für die Rechtzeitigkeit der Vertragsannahme (§ 147) ist die Streitfrage deshalb bedeutungslos, weil in der Vorschrift des § 147 Abs. 2 die Regel in der des Abs. 1 nur ein Anwendungsfall derselben zu erblicken ist.

b) Wir erkannten soeben den „passiven Boten“ oder „Empfangsboten“ als logisch unvereinbar mit der juristischen Struktur des Boten als einer Person, die jemand zur Uebermittelung seiner Willenserklärung verwendet (§ 120).

Diese Wahrheit hat in der Wissenschaft nur wenige Anhänger. Groß ist dagegen die Zahl der Dissentienten. Hören wir einige Autoren:

Crome (S. 451[2]): „Ist die Erklärung schon empfangen, wenn sie in meinen Briefkasten geworfen wird, so ist sie auch empfangen, wenn sie meinem zur Empfangnahme bestellten Boten mitgeteilt wird. Es ist unrichtig, in dem Empfangsboten etwas mehr (einen Stellvertreter) zu sehen.“

Monich (S. 83): Der Bote kann „Instrument des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers sein. Ist er Instrument des Erklärungsempfängers, so erfolgt die Uebermittelung der Erklärung durch Ausrichtung an den Boten (!), sonst durch Ausrichtung der Botschaft durch den Boten“ . . . . „Die Uebermittelung durch einen Boten des Empfängers ist vollendet mit der Uebermittelung an den Boten.“

Aehnlich redet Staudinger (I 516[6]) von einem „Empfangswerkzeug“, Rehbein (S. 251a) vergleicht diesen passiven Boten mit einem „Briefkasten“, R. Leonhard (S. 301[2]) nennt ihn einen „lebendigen Briefkasten“.

Dagegen betont Hellwig[1]): „Es gibt keinen Boten des Erklärungsempfängers, sondern nur einen Boten des Erklärenden. Denn der Bote ist Werkzeug zur Uebermittelung der Erklärung, niemals zum Empfang“.

Auch bei Rosenberg (S. 202) findet man den Satz: „Ein Bote als Empfangsorgan ist undenkbar.“[2])

Der Empfangsbote ist aber nicht nur logisch unmöglich, sondern steht auch in Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen. Die Entgegennahme einer fremden Willenserklärung durch ihn soll gerade so wirksam sein, wie durch den Adressaten selbst; insoweit stände er dem Vertreter gleich. Allein man liest bei Hölder (Th. S. 12): „Es ist keine Rede davon, daß ein solcher Bote nicht bloßer Bote,

---

[1]) JW. 05, 357 II 2; vgl. auch L. II 356. Ihm folgt Aßmann S. 65 ff.

[2]) Da er diese Folgerung aus der Natur des Botenbegriffes zieht, so müßte er daran eigentlich die Wesensungleichheit von Bote und Stellvertreter erkennen.

sondern ein Vertreter wäre. Er kann auch ein noch nicht siebenjähriger Knabe oder ein Geisteskranker gewesen sein. Kann er doch auch ein Tier gewesen sein . . ." Es bedarf kaum des Hinweises, daß dadurch die Vorschrift des § 165 einfach illusorisch gemacht werden würde.

Zwar mag Rosenberg zugegeben werden, daß § 165 mit seiner Einschränkung der Stellvertreter auf in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte dem Verkehrsbedürfnis nicht gerecht wird. Man darf sich aber weder — wie Rosenberg es will — damit helfen, daß man diesen § 165 einfach auf Geschäftsunfähige ausdehnt, noch darf man durch Erfindung eines „Empfangsboten" gegen den klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes verstoßen.

Eine Möglichkeit, dem Verkehrsbedürfnisse entgegenzukommen, scheint mir Kohler (S. 431 III) anzudeuten. Er kennt zwar auch einen Boten als „Aeußerungsempfangsorgan", läßt aber die Erklärung trotzdem erst mit der Mitteilung an den Empfänger wirksam werden. Und nun fährt er fort: „Es müßte denn sein, daß die Parteien bestimmt haben, daß die Erklärung des anderen Teils schon mit der Aussage an den Boten fertig und vollwirksam sei, was möglich ist, da die Annahme eines Antrags in anderer Weise als durch ankunftsbedürftige Willenserklärung geschehen kann, § 151 BGB." Die Abweichung von den oben genannten Autoren liegt also darin, daß der Zeitpunkt der Wirksamkeit (und nur dieser) durch besondere Vereinbarung der Parteien (die wohl auch stillschweigend erfolgen könnte!) auf einen früheren Zeitpunkt als den durch das Gesetz fixierten, also auch auf den der Entgegennahme durch den Boten, verlegt werden kann.

Daß die Konstruktion eines „Empfangsboten" contra legem verstößt, läßt sich auch an dem Ergebnisse nachweisen, zu welchem die Anwendung der §§ 120 ff. führen würde. Wer sollte zunächst anfechten? Der Erklärende kann es nicht, denn der Empfangsbote ist nicht sein Bote; es bleibt also nur übrig, daß der Empfänger anficht. Diese Folgerung wird allerdings von Rehbein[1]) gezogen. Demnach müßte auch der Empfänger dem Urheber der Erklärung das negative Interesse ersetzen. § 122 bestimmt aber: „Ist eine Willenserklärung auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende dem anderen

[1]) S. 251 a). Die von ihm zitierten Entscheidungen besagen nichts für seine Auffassung. Die richtige Entscheidung RG. 51, 151, welche die entgegengesetzte Ansicht vertritt, beruft sich ebenfalls auf die von Rehbein zitierten Entscheidungen im 30. Bd. — Wie Rehbein auch Frankenburger S. 848

den Schaden zu ersetzen" usw. — Es würde also § 122 durch Zulassung der Anfechtung des Empfängers gerade in sein Gegenteil verkehrt werden.

Auch das Reichsgericht bekennt sich in der oben (S. 22 f.) besprochenen Entscheidung Bd. 60, 334 ff. (wenngleich ohne sich dieses Ausdruckes zu bedienen) zur Empfangsbotentheorie. Ebenso, wenn es in Bd. 61, 127 sagt: Im allgemeinen sei anzunehmen, daß eine „an das Kontor eines Kaufmanns in seiner Abwesenheit ergehende telephonische Erklärung ihm in dem Zeitpunkt zugeht, in dem sie von einem dazu Befugten (nicht „Bevollmächtigten"!), als welcher in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors anzusehen ist, entgegengenommen wird".

Unser Ergebnis ist demnach folgendes: Diejenigen Personen, welche von manchen unter dem Ausdrucke „Empfangsboten" begriffen werden, sind entweder:

1. aktive Stellvertreter (dieser Fall wird selten praktisch werden) oder
2. passive Stellvertreter; das wird gewöhnlich dann der Fall sein, wenn jemand eine Offerte überbringt, und der Antragsteller wünscht, daß ihm zugleich Annahme oder Ablehnung erklärt werden solle. Möglich ist aber auch, daß der Offerent damit nichts anderes sagen wollte, als daß der Dritte sich der Mittelsperson als Boten bedienen möge!
3. Ist er im letzteren Falle aber Bote, so ist er Bote des Oblaten, nicht des Offerenten!

3. Es sei hier endlich noch auf eine Kategorie von Mittelspersonen aufmerksam gemacht, die in der Literatur bisher wenig Beachtung gefunden hat, aber meines Erachtens von den bereits genannten Kategorien scharf zu sondern ist.

Im Anschluß an die verschiedenen Stadien bei der Uebermittelung einer Erklärung bezeichneten wir den aktiven und passiven Stellvertreter als „Vertreter in der Abgabe und Entgegennahme", sowie den Boten als „Vertreter in der Uebermittelung". Nun sahen wir oben, daß sich bei schriftlichen („bleibenden") Erklärungen [1]) vor die Wahrnehmung als viertes Stadium der Zeitpunkt des „Zugehens", des „Empfanges" einschiebt. Diesem entspricht hier der „Vertreter im Empfang", der kurz „Empfangsperson" genannt sein mag. Darunter ist also diejenige Person zu verstehen, welche innerhalb des Herrschaftsbereiches

---

[1]) Und nur bei diesen!

eines anderen eine an diesen gerichtete schriftliche (bleibende) Erklärung entgegennimmt. Dazu gehört vor allem der Hausangehörige des Adressaten, welchem in dessen Wohnung ein an diesen gesandter Brief eingehändigt wird.

Die Empfangsperson ist weder Bote noch Stellvertreter. Bote deswegen nicht, weil mit der Uebergabe an den Boten das Schriftstück dem Adressaten noch nicht zugegangen ist, wohl aber mit der Aushändigung an die Empfangsperson.

Die Unterschiede vom Stellvertreter lassen sich etwa folgendermaßen skizzieren:

a) Die dem Stellvertreter gegenüber abgegebene Erklärung wird nur wirksam, wenn er Vertretungsmacht hat oder der Vertretene die Genehmigung erteilt. Der einer Empfangsperson abgelieferte Brief geht dem Adressaten dagegen ohne Rücksicht auf eine erteilte Vollmacht oder Genehmigung zu.[1])

b) Auch ein Geschäftsunfähiger kann als Empfangsperson fungieren, ebenso wie er Bote sein kann. § 165 gilt also hier nicht.

c) Der Stellvertreter ist Adressat der Erklärung, nicht dagegen die Empfangsperson. Daher kommt diese auch für etwaige Willensmängel (§ 166) nicht in Betracht.

Besonders der letztere Gesichtspunkt ist wichtig für das Verständnis des Wesens des sogenannten Ersatzzustellungsempfängers (ZPO. §§ 181 ff.), welchen wir als ein gesetzliches Beispiel der „Empfangsperson" betrachten. Er ist nicht Vertreter, wie der „Zustellungsbevollmächtigte".[2]) Nur so vermag man auch zu erklären, daß der Ersatzzustellungsempfänger das zugestellte Schriftstück nicht öffnen und von seinem Inhalte keine Kenntnis nehmen darf.

Die Empfangsperson könnte man füglich einen „lebendigen Briefkasten" nennen. Sie ist es wohl auch gewesen, die den Schöpfern des „Empfangsboten" vorgeschwebt hat, nur daß diese ein für bleibende Erklärungen geltendes Prinzip unzulässigerweise auf vorübergehende Erklärungen ausdehnten.

---

[1]) A. M. F. Leonhard S. 40; Rosenberg S. 205; ebenso Titze S. 424 f.; Enneccerus S. 387. Die „vermutete Vollmacht" des ALR. (I 13 §§ 119 ff.) ist dem BGB. unbekannt.

[2]) A. M. Hellwig II 375; Gaupp-Stein § 51 VII (?); Rosenberg S. 544 ².